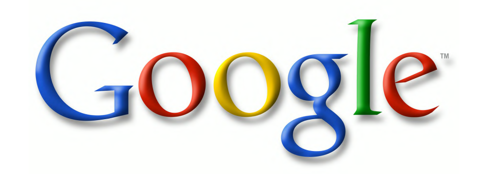





DOMI NUS ILLU
MINA TIO MEA
Taylor Institution.
1866.



COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN



Imprimé par Charles Noblet, rue Soufflot, 18.

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

CONTENANT

1° UN ABRÉGÉ DE L'HISTOIRE EXTERNE DU DROIT ROMAIN
2° L'EXPLICATION COMPLÈTE DES INSTITUTES DE GAIUS ET DES INSTITUTES DE JUSTINIEN
3° L'EXPLICATION DES PRINCIPAUX TEXTES DU DIGESTE ET DU CODE AINSI QUE DES NOVELLES QUI S'Y RAPPORTENT

PAR

M. CH. DEMANGEAT

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE

TOME PREMIER

CORRESPONDANT AUX LIVRES I ET II DES INSTITUTES

PARIS

A. MARESCQ AINÉ, LIBRAIRE-ÉDITEUR

17, RUE SOUFFLOT, 17

1864

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE DROIT ROMAIN.

INTRODUCTION.

DE L'ÉTUDE DU DROIT ROMAIN.

Le droit romain occupe une place importante dans l'enseignement de nos Facultés. La Faculté de Paris a quatre chaires de droit romain; les autres Facultés en ont deux. Dans toutes, deux années sont données au professeur pour expliquer aux jeunes gens qui aspirent au grade de licencié les éléments du droit romain.

C'est là un état de choses qui est conforme à la raison. Supprimer ou même réduire l'enseignement du droit romain, ce serait véritablement détruire un des éléments principaux de cette civilisation française dont nous sommes fiers à si juste titre, ce serait sûrement compromettre un des intérêts les plus précieux de l'homme en société, l'intérêt que nous avons tous à une bonne administration de la justice.

En effet, tout le monde convient qu'il n'y aurait point une éducation libérale complète là où ne serait point enseignée, au moins d'une manière concise et sommaire, l'histoire romaine, l'histoire de ce peuple prodigieux qui, après avoir conquis le monde, le domine encore aujourd'hui par les idées, par les institutions, qu'il

lui a transmises. Or, je ne crains pas de le dire, il est impossible à l'homme qui n'aurait aucune notion du droit romain de se faire une idée exacte de la civilisation romaine, de connaître le caractère du peuple romain et même de comprendre bien des passages des auteurs latins classiques. La jurisprudence était à Rome une science populaire; tout citoyen romain pouvait être appelé à faire comme juge l'application des règles du droit, et la langue du droit, familière à tous, avait pénétré même dans les chants des poètes, dans les récits des historiens et dans les leçons des philosophes.

D'ailleurs, il est incontestable qu'un grand nombre de dispositions de nos Codes, et particulièrement du Code Napoléon, ont été empruntées au droit romain; or, quel meilleur moyen de découvrir le véritable sens d'une règle que de remonter à son origine et de rechercher ce qu'elle signifiait dans l'intention de ceux qui les premiers l'ont posée et en ont fait l'application?

Il y a plus : la science du droit était si bien dans les aptitudes, dans la nature d'esprit des Romains, elle avait été cultivée, élaborée par eux avec tant d'amour, que les décisions de Paul et de Papinien excitent encore aujourd'hui l'enthousiasme de ceux qui les comprennent, à peu près comme les chefs-d'œuvre de la statuaire grecque qui nous sont parvenus; de sorte que le meilleur moyen, sinon le seul, de se fortifier dans cet art difficile qui consiste à faire exactement aux faits de la vie pratique l'application des règles abstraites formulées par le législateur, c'est de se pénétrer des modèles que nous ont transmis les jurisconsultes romains. Pour exprimer clairement toute ma pensée, je dirai que, sans doute, un Français intelligent peut, sans avoir étudié le Digeste, devenir un bon notaire, que même il pourrait à la rigueur être un avocat disert, mais que très-probablement il ne sera jamais un véritable jurisconsulte.

Le droit romain a pourtant ses détracteurs : il n'est pas rare d'entendre dire à des gens qui passent pour sérieux que les élèves de nos Facultés pourraient employer leur temps plus utilement en le consacrant à tout autre chose qu'à l'étude d'une législation morte. J'affirme, et j'en ai fait plusieurs fois l'expérience, que ceux qui parlent ainsi parlent d'une chose qu'ils ne connaissent pas, soit que le courage leur ait manqué pour apprendre le droit romain,

soit que, l'ayant appris autrefois d'une manière incomplète, ils aient promptement oublié le peu qu'ils en possédaient, faute d'avoir su en tirer profit pour la solution des affaires dont ils avaient à s'occuper.

DÉFINITIONS GÉNÉRALES.

Avant d'entrer dans l'étude du droit romain, il importe de définir tout d'abord les expressions suivantes : *droit*, *morale*, *droit naturel*, *équité*. La signification véritable de ces expressions étant bien arrêtée dans notre esprit, par cela même nous comprendrons déjà d'une manière générale quel est précisément l'objet de la science que nous avons à étudier, quels sont les caractères propres qui la distinguent de certaines autres sciences avec lesquelles elle a des points de contact, avec lesquelles elle offre une analogie plus ou moins réelle. Du reste, les expressions dont il s'agit ou tout au moins quelques-unes d'entre elles n'ont pas la même signification pour tous ceux qui les emploient : de là des malentendus et des discussions sans fin. En déterminant aussi clairement que possible le sens dans lequel nous prendrons ces expressions, nous sommes assuré de prévenir beaucoup d'obscurités et d'épargner à nos lecteurs des pertes de temps considérables.

1° Le mot *droit* peut être employé dans trois acceptions distinctes :

D'abord le droit, considéré comme *science*, est un corps de doctrines, un ensemble de règles auxquelles l'homme doit conformer sa conduite. C'est une certaine direction imposée aux actes de l'homme. Il faut ajouter, pour avoir une idée complète de la science du droit, que l'homme n'est pas libre de se soustraire à cette direction : la société, la puissance publique, intervient et veille à ce que les doctrines ou les règles dont il s'agit soient réellement observées. Il est, en effet, de l'essence du droit d'être sanctionné ici-bas par une contrainte matérielle.

En second lieu, le droit, considéré comme *art*, est un ensemble de préceptes destinés à montrer comment les règles abstraites dont l'ensemble constitue la science du droit doivent exercer leur influence dans la vie pratique, ou, en d'autres termes, comment ces

règles abstraites doivent être appliquées aux différents cas, aux espèces variées qui se présentent tous les jours devant les tribunaux. — Et je puis dire dès à présent que c'est surtout à ce point de vue que l'étude du droit romain est utile et même indispensable à tous ceux qui concourent à l'administration de la justice comme avocats ou comme juges. En effet, les jurisconsultes romains ont possédé au degré le plus éminent ce talent qui consiste à découvrir dans chaque affaire la circonstance, la nuance, souvent bien délicate, d'où résulte que telle règle est applicable et non pas telle autre. Pour se fortifier dans ce grand art de l'interprétation et de l'application des lois, il n'est point d'exercice aussi utile que l'étude des modèles inimitables que nous ont laissés les jurisconsultes romains du IIe et du IIIe siècle.

Enfin le mot *droit* désigne les bénéfices ou les facultés qui peuvent résulter pour chacun de nous des règles admises par le législateur. Ainsi, le patrimoine d'une personne se compose de droits de nature diverse, de droits de propriété et de droits de créance. Celui qui a le droit de propriété peut retirer de la chose soumise à ce droit toute l'utilité dont elle est susceptible, et si en fait un tiers s'y oppose, le propriétaire peut invoquer le secours de la force publique pour faire respecter son droit. De même, celui qui a un droit de créance peut exiger de son débiteur un certain service, une certaine prestation : si le débiteur ne paie pas, n'accomplit pas son obligation, la force publique se met à la disposition du créancier pour dompter cette mauvaise volonté du débiteur.

2° La *morale,* comme la science du droit, est un corps de doctrines, un ensemble de règles auxquelles l'homme doit conformer sa conduite. Voilà le caractère commun des deux sciences. Quelle est la différence spécifique? Cette différence se présente au point de vue de la sanction : les règles dont l'ensemble constitue la science du droit sont autrement sanctionnées que celles dont l'ensemble constitue la morale. Les règles de droit sont sanctionnées par la puissance sociale : l'homme qui ne les observe pas volontairement est matériellement contraint de s'y soumettre. Au contraire, quand il s'agit de règles purement morales, celui qui s'y soumet s'y soumet toujours parce qu'il le veut bien : la société ne contraint personne à les observer. Je ne dis point que ces règles purement morales soient

dépourvues de sanction, même ici-bas. Loin de là, celui qui les observe est récompensé par l'estime des honnêtes gens et surtout par la satisfaction que donne une conscience pure; celui qui les enfreint est puni par le mépris public et surtout par le remords. Je dis seulement que la puissance publique ne contraint pas les hommes à observer les règles de la morale proprement dite, en emprisonnant ou en frappant d'amende ceux qui les méconnaissent.

Un jurisconsulte romain a très-bien exprimé la distinction du droit et de la morale, en disant : « *Non omne quod licet honestum est* » (1). En effet, un acte peut être licite, c'est-à-dire n'être pas contraire au droit, n'être pas réprimé par la loi, mais être déshonnête, c'est-à-dire être contraire à la morale. Et, de nos jours, Bentham a rendu la même idée d'une manière plus saisissante, en comparant le droit et la morale à deux cercles concentriques, dont l'un, moins étendu, est contenu dans l'autre, — ce qui revient à dire que toute règle de droit est une règle de morale, mais qu'au contraire parmi les règles de morale, il en est un certain nombre que la société n'a pas sanctionnées de façon à les ériger en règles de droit. — Deux expressions souvent employées par nos anciens auteurs se réfèrent encore à la même idée. On distingue les règles *du for extérieur* et les règles *du for de la conscience* (2). Les règles *du for extérieur*, ce sont les règles de droit, dont l'observation peut être poursuivie devant les tribunaux humains; les *règles du for de la conscience*, ce sont les règles de morale, que chacun observe ou enfreint suivant qu'il lui convient de se soumettre ou de résister aux arrêts que lui dicte sa conscience.

Nous l'avons dit, toute règle de droit est une règle de morale : car, en principe, la morale commande à l'homme de se soumettre aux lois de son pays. Voilà un point de contact remarquable entre le droit et la morale. Est-ce le seul? Non. Même les règles qui sont purement morales en ce sens que la société ne contraint pas les hommes à les observer, même ces règles ne sont pas absolument étrangères à la science du droit et doivent être parfaitement con-

(1) Paul, L. 144, au Digeste, *De regulis juris* (lib. L, tit. 17).

(2) Ainsi le judicieux Pothier nous a laissé un ouvrage intitulé : *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur.*

nues de celui qui interprète et qui applique les lois positives. En effet, il est de principe que deux personnes peuvent, par leur convention, déroger à une disposition de la loi générale; elles remplacent ainsi, dans une certaine mesure, la règle législative par une règle particulière qu'elles établissent et à laquelle elles se soumettent en vue d'une affaire déterminée. Mais, comme le dit très-bien l'art. 6 du Code Napoléon, « on ne peut déroger par des con« ventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les « bonnes mœurs. » En d'autres termes, toute convention contraire aux bonnes mœurs est frappée de nullité : elle n'aura pas les effets que la loi positive attache d'ordinaire aux conventions. La société ne prêtera pas main forte à la partie qui en réclamerait l'exécution. Or cette expression *les bonnes mœurs* désigne des habitudes, une conduite, conformes aux règles de la morale. Voilà donc le jurisconsulte obligé, pour se prononcer sur la validité ou sur la nullité d'une convention, de rechercher si la morale admet ou réprouve la convention dont il s'agit : la règle du droit ici dépend de l'appréciation à faire d'un certain acte en le considérant au point de vue de la morale (1).

Nous connaissons le caractère distinctif du droit et de la morale; nous connaissons aussi les points de contact qui existent entre ces deux sciences. En somme, on peut dire qu'il n'y a réellement pas là deux sciences diverses, qu'il y a plutôt tout simplement deux aspects d'une science unique, la *science du devoir*. Cette science a pour objet la direction de la liberté par la raison. Du reste, la direction peut être donnée à l'individu par la société : alors il est contraint de la suivre. Elle peut, au contraire, lui être donnée par lui-même : alors il dépend de lui de ne pas la suivre, c'est-à-dire de ne pas régler sa liberté par les inspirations de sa raison.

D'après son étymologie, le mot *droit* peut être exactement employé pour désigner la science du devoir sous tous ses aspects, ou, en d'autres termes, pour désigner non-seulement la science que nous avons appelée proprement *le droit*, mais aussi la science plus large que nous avons appelée proprement *la morale*. En effet, il s'agit toujours d'une direction donnée à la liberté humaine; or le

(1) Comp. les art. 900, 1133 et 1172 du Code Napoléon.

mot *droit* vient précisément du latin *dirigere* ou *directum* : il exprime donc bien l'idée de direction (1). Mais il est arrivé ici ce qui arrive bien souvent : c'est que la signification définitive du mot n'est pas restée absolument conforme à son étymologie. En effet, dans l'usage, le mot *droit* est opposé au mot *morale* et sert à désigner seulement la direction sociale et non la direction donnée à chacun par sa conscience, par sa raison individuelle. — Quant au mot latin correspondant à notre mot *droit*, l'étymologie en est différente. *Jus* est une contraction de *jussum* : il exprime l'ordre émané d'un supérieur, la règle à laquelle l'homme doit obéir. Du reste, la même observation à laquelle donne lieu le mot français *droit* peut être faite relativement au mot latin *jus* : étymologiquement ce mot exprime même les règles qui nous sont dictées par notre conscience, par notre raison, règles auxquelles l'honnête homme obéit toujours ; mais dans sa signification usuelle, le mot *jus* désigne proprement les règles imposées par la société et auxquelles l'individu n'est pas libre de se soustraire (2).

3° Quelle signification faut-il attacher à l'expression *droit naturel?* Il y a des philosophes, des publicistes, pour qui le droit naturel est l'ensemble des règles auxquelles était soumis l'homme vivant à l'état de nature, c'est-à-dire vivant à la façon des bêtes, en dehors de la société. Si l'expression *droit naturel* ne devait pas signifier autre chose, il faudrait bien vite la bannir de la langue française. En effet, elle exprimerait alors un état chimérique, un état qui n'a jamais existé, et, en tout cas, un état contraire à la nature de l'homme, puisque l'homme a évidemment été destiné par le créateur à vivre en société. D'autres entendent l'expression *droit naturel* comme étant exactement synonyme du mot *morale*. Mais cette deuxième acception ne doit pas plus être admise que la première, puisqu'elle constituerait un double emploi, et puisque, d'ailleurs, il y a une certaine idée qu'aucune expression ne traduit aussi bien que l'expression *droit naturel*. Pour nous, le droit naturel, c'est le beau idéal, c'est le type abstrait de la perfection, en matière de droit. Le

(1) Ce que nous disons du mot français *droit* peut également être dit du mot italien *diritto*, du mot allemand *Recht*, du mot anglais *right*.

(2) C'est avec le mot latin *jus* et non avec le mot français *droit* que se sont formés dans notre langue les mots *jurisprudence*, *jurisconsulte*, etc.

droit naturel est donc devant nous, et non derrière : chaque fois que le législateur modifie une règle de droit, il pense que la règle nouvelle qu'il établit est plus conforme au droit naturel que la règle ancienne qu'il efface, ou, en d'autres termes, le droit positif se perfectionne à mesure qu'il se rapproche davantage du droit naturel. Ainsi le législateur prend pour modèle des dispositions qu'il sanctionne un type abstrait de perfection : il cherche à le faire passer dans le domaine des faits humains ; seulement, notre faiblesse sera toujours un obstacle à ce que ce type abstrait puisse être complétement réalisé dans les législations positives. — L'expression *philosophie du droit* se rattache étroitement à la notion du droit naturel ainsi comprise. Critiquer une règle de droit positif, une règle écrite dans nos Codes, en montrant qu'elle s'écarte et en quoi elle s'écarte du droit naturel, c'est faire de la philosophie du droit.

4° Il reste à déterminer le sens du mot *équité*. C'est encore une de ces expressions que peu de personnes entendent de la même manière; j'ajouterai même que peu de personnes ont des idées nettes à cet égard. Quintilien oppose l'équité au droit lorsqu'il dit qu'on peut *pugnare jure aut æquo*, combattre sur le terrain du droit ou sur le terrain de l'équité. D'après son étymologie, *équité* veut dire *égalité*. Bien entendu, il ne s'agit pas d'une égalité de condition entre les hommes, car cette égalité est une pure chimère : tant qu'il y aura des hommes vertueux et des hommes vicieux, des hommes économes et des dissipateurs, c'est-à-dire tant que l'humanité existera, cette égalité de condition sera impossible. La seule égalité dont il puisse être ici question, c'est l'égalité devant la loi et devant la justice. Supposons une loi qui, en matière de droit privé, par exemple en matière de propriété ou de créances, reconnaît aux riches des facultés, des avantages, qu'elle refuse aux pauvres ; supposons un juge qui est saisi de la même question aujourd'hui par Primus, demain par Secundus, et qui donne tort à Primus, raison à Secundus, uniquement parce que Primus n'a aucun crédit, tandis que Secundus a des amis puissants : nous dirons que la loi est inique, nous dirons que le juge a manqué à l'équité. On voit que le mot *équité* a pour opposé le mot *faveur*, quand ce dernier mot est pris en mauvaise part. — Autre exemple. Les règles que pose le légis-

lateur sont toujours des règles générales, embrassant un certain nombre de cas plus ou moins analogues : en effet, le législateur procède nécessairement par voie d'induction, par voie de présomption. Ainsi, le législateur français, partant de l'idée qu'ordinairement l'intelligence de l'homme est assez développée à l'âge de 21 ans pour qu'on puisse sans danger pour lui-même lui laisser à cet âge la libre administration de ses biens, proclame qu'à 21 ans on est majeur et capable de tous les actes de la vie civile. Mais on comprend très-bien qu'il doit arriver quelquefois qu'une règle ainsi posée en termes généraux, et justifiable en elle-même, gouvernera certaines personnes ou certaines situations relativement auxquelles, par suite de circonstances particulières, n'existera pas la raison qui a fait établir la règle : en d'autres termes, une règle générale de droit peut se trouver applicable à telle espèce que le législateur n'avait aucunement prévue en posant cette règle, et qui raisonnablement ne devrait pas y être soumise. On dit alors que la loi, dans telle ou telle de ses applications, blesse l'équité (1).

Une règle de droit peut donc être inique, soit en elle-même et d'une manière absolue, soit seulement dans quelques-unes de ses applications. En définitive, ce qui est inique, c'est toujours ce qui est contraire au droit naturel ; et je crois qu'il n'y a réellement pas de différence entre l'équité et le droit naturel tel que nous l'entendons.

Souvent, dans le langage vulgaire, on appelle *équité* une sorte de perception instinctive qui permet à l'honnête homme, n'eût-il jamais ouvert un Code ni un livre de droit quelconque, d'apercevoir dans un procès lequel des deux adversaires a raison, lequel ne cherche qu'à dépouiller son adversaire. J'admets sans difficulté qu'il existe chez l'homme un sentiment inné du juste et de l'injuste. Mais je ne connais point d'erreur plus déplorable que celle qui consisterait à croire que ce sentiment inné peut suffire pour discerner sûrement dans tout procès de quel côté est l'injustice, de quel côté le bon droit. Le sentiment inné du juste et de l'injuste, abandonné à lui-même, sera presque toujours impuissant : il ne vaut qu'autant qu'il a été déve-

(1) Le jurisconsulte Gaius exprime, au fond, la même idée lorsqu'il dit (Comment. IV, § 116) : *Sæpè accidit ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari.*

loppé par l'expérience, par l'étude et par la réflexion. Livrez-vous sérieusement à l'étude de la philosophie, travaillez à connaître les hommes, scrutez attentivement les règles posées dans un certain nombre de législations : alors, mais seulement alors, vous pourrez rendre des jugements conformes au droit naturel ou à l'équité.

Nous avons maintenant à étudier certaines définitions que nous trouvons dans les textes du droit romain. Cette étude nous montrera jusqu'à quel point étaient admises à Rome et jusqu'à quel point étaient méconnues les idées qui viennent d'être exposées.

Le jurisconsulte Ulpien, et après lui l'empereur Justinien dans ses Institutes, définissent ainsi la justice : « *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* » (1). La justice est une vertu qui suppose la volonté de rendre à chacun ce qui lui appartient. Celui-là seul possède véritablement la vertu appelée *justice* chez qui la volonté dont il s'agit est *constans* et *perpetua*, c'est-à-dire ferme, permanente, non susceptible de céder devant des menaces ou devant une considération d'intérêt personnel. — Ulpien ajoute, en parlant du droit, *jus* : « *Est a justitiâ appellatum* » (2). Mais évidemment cela n'est pas sérieux : comprendrait-on que la règle n'eût pas encore de nom lorsque la volonté de l'observer en avait déjà un ? C'est *justitia* qui vient de *jus*, et non pas *jus* de *justitia*. Quant au mot *jus*, nous l'avons dit, il n'est qu'une contraction de *jussum*.

Après avoir défini la justice, Ulpien et Justinien définissent la jurisprudence : « *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia* » (3). Pour comprendre cette définition, il faut d'abord se fixer sur le sens donné ici au mot *prudentia*. *Prudentia*, c'est la connaissance ou la science acquise d'une certaine chose. Celui qui a la science du droit, c'est-à-dire qui connait bien les règles du droit, est appelé *jurisconsultus* ou *jurisprudens* : on dira, en parlant de lui, qu'il possède la *jurisprudentia* (4). La définition peut donc se traduire ainsi : « Savoir

(1) L. 10 pr., D., *De justitiâ et jure* (1, 1) ; pr., Inst., *eod. Tit.* (1, 1).
(2) L. 1 pr., D., *De just. et jure* (1, 1).
(3) L. 10 § 2, D., *De just. et jure* ; § 1, Inst., *eod. Tit.*
(4) Chez nous, le mot *jurisprudence* a une signification très-différente : il si-

le droit, c'est avoir la notion des choses divines et des choses humaines, c'est connaître le juste et l'injuste. » Les derniers mots, *justi atque injusti scientia*, s'expliquent d'eux-mêmes : celui qui a la science du droit saura toujours discerner si un acte est juste ou injuste, puisqu'un acte est juste ou injuste suivant qu'il est conforme ou contraire au droit. Leibnitz développe très-bien cette idée lorsqu'il dit (1) que la jurisprudence est *la science des actions humaines, en tant qu'elles sont justes ou injustes.* — Mais il y a autre chose dans la définition d'Ulpien. *Divinarum atque humanarum rerum notitia :* qu'est-ce que ces mots peuvent signifier?

Certains interprètes y ont vu une allusion à la division des choses en *res divini juris* et *res humani juris* (2). La pensée d'Ulpien serait que, pour être jurisconsulte, il faut connaître les règles particulières qui s'appliquent à ces deux classes de choses (3). Mais tout autre me paraît avoir été la pensée d'Ulpien. Ce qu'il a voulu dire, c'est que, pour être véritablement jurisconsulte, pour avoir la science du droit, il faut avoir pris parti sur la nature de Dieu, sur la nature et sur la destination de l'homme. La science du droit suppose la connaissance de la nature divine et de la nature humaine; elle consiste à savoir distinguer ce qui est juste et ce qui est injuste. Il y a là une idée profondément vraie, surtout lorsque l'on comprend sous le nom de *jus* ce que nous avons appelé *la science du devoir*, c'est-à-dire la morale aussi bien que le droit proprement dit; et, comme nous le verrons bientôt (4), c'est précisément ce que faisaient Ulpien et Justinien. Je dis que la définition ainsi entendue contient une idée profondément vraie: car il est évident que deux personnes dont l'une croit et dont l'autre ne croit pas à l'existence de Dieu, à l'immortalité de l'âme humaine, etc., ne doivent pas se trouver bien souvent d'accord quand il s'agit de déterminer ce qui

gnifie proprement la manière dont une Cour ou un tribunal a coutume d'interpréter une règle de droit, de résoudre une question qui lui est soumise.

(1) *Nova methodus docendæ discendæque jurisprudentiæ.*

(2) Gaius, Comment. II, §§ 2 et suiv.

(3) Justinien, dans une de ses Constitutions (L. 1 § 1, C., *De veteri jure enucleando*), paraît entendre par l'expression *res divinæ* ce que nous appelons *le culte* quand nous prenons ce mot dans son acception la plus large: *Legum auctoritas*, dit Justinien, *divinas et humanas res benè disponit.*

(4) Sur le § 3, Inst., *De just. et jure.*

est juste et ce qui est injuste, ce qui est moral et ce qui ne l'est pas. Pour arriver à connaître le devoir de l'homme dans telle ou telle circonstance, il est donc indispensable de commencer par prendre parti sur les grands problèmes qui font l'objet de la philosophie. Ulpien, à cet égard, ne fait que reproduire sous une autre forme la pensée de Cicéron : « *Penitùs ex intimâ philosophiâ hauriendam juris disciplinam* » (1). Et c'est encore la même pensée qu Descartes exprime en ces termes : « Le moyen le plus assuré pour « savoir comment nous devons vivre est de connaître auparavant « quels nous sommes, quel est le monde dans lequel nous vivons, « et qui est le créateur de ce monde, le maître de la maison que « nous habitons » (2).

En définissant la *jurisprudentia*, Justinien a indiqué la méthode à suivre pour celui qui veut devenir jurisconsulte. Il ajoute immédiatement (3) une autre indication très-exacte, toujours au point de vue de la méthode : il constate que, dans l'étude du droit, et cela s'applique également à l'étude de toutes les sciences, il faut d'abord s'attacher aux notions les plus simples pour arriver ensuite aux questions compliquées. — Spécialement en ce qui concerne le droit romain, est-ce à dire que nous devions étudier d'abord les livres élémentaires, les Institutes, et terminer cette étude avant de nous attaquer aux questions de détail, aux espèces délicates, qui sont traitées dans le Digeste et dans le Code? Non : telle n'est pas, à mon sens, la meilleure méthode, et telle n'est pas non plus celle que je me propose de suivre. Je ne commencerai pas par faire un exposé succinct des règles applicables aux différentes matières, pour ensuite reprendre ces différentes matières, et soumettre successivement chacune à un examen approfondi. Mais, sur chaque matière que j'aurai à étudier, je présenterai de suite : 1° les notions les plus simples, les règles fondamentales, et 2° les applications de ces règles aux espèces compliquées. Ainsi, c'est sur chaque matières considérée séparément, et non pas sur l'ensemble des objets qu'embrasse la science du droit, que je suivrai la méthode ration-

(1) *De legibus*, lib. I, c. 5.
(2) Lettre 20 à M. Chanut.
(3) Voy. le § 2 du même Titre *De just. et jure*.

nelle indiquée par Justinien. J'éviterai ainsi l'inconvénient qu'il signale (1), et en même temps j'échapperai à la nécessité de redites fastidieuses.

Peut-on, en quelques mots, donner une idée générale des devoirs que l'homme doit observer pour obéir à cette règle, à cette direction, que les Romains appellent *jus?* Ulpien et Justinien ont essayé de le faire, quand ils ont dit : « *Juris præcepta sunt hæc : honestè vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere* » (2). Evidemment le mot *jus,* dans cette phrase, ne désigne pas seulement le droit proprement dit, le droit positif; il est pris dans un sens très-large, pour désigner ce que nous avons appelé la *science du devoir.* En effet, des trois préceptes qu'on nous indique, le premier, *honestè vivere,* est évidemment une règle de morale : un homme vit honnêtement lorsqu'il se conforme non-seulement aux règles du droit positif, mais encore à celles de la morale. Ainsi, on ne dira pas d'un homme adonné à l'intempérance, à l'ivrognerie, qu'il vit honnêtement, qu'il est honorable, et cependant cet homme peut être parfaitement en règle avec la loi positive. N'oublions pas, du reste, que quelquefois des règles de morale sont sanctionnées par le législateur et deviennent ainsi des règles de droit, ou, en d'autres termes, le déshonnête devient illicite. C'est notamment ce qui arrive en matière de mariage : comme nous le verrons, le droit romain ne permet jamais le mariage que là où la morale le permet (3).

Quant au second précepte, *alterum non lædere,* ce n'est pas seulement une règle de morale, c'est une règle de droit. Du reste, sous ce rapport, la morale va plus loin, la morale exige plus que le droit. Un jurisconsulte nous dira : « Ne violez pas le droit d'autrui. » Un moraliste : « Ne faites pas aux autres ce que vous ne voudriez

(1) *Alioquin, si statim ab initio rudem adhùc et infirmum animum studiosi multitudine aut varietate rerum oneraverimus, duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore, sæpè etiam diffidentiâ, quæ plerumque juvenes avertit, seriùs ad id perducemus ad quod leviore viâ ductus, sine magno labore et sine ullâ diffidentiâ, maturiùs perduci potuisset.*

(2) L. 10 § 1, D., *De just. et jure;* § 3, Inst., *eod. Tit.*

(3) « *Semper in conjunctionibus,* dit le jurisconsulte Modestin, *non solùm quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit* » (L. 197, D., *De regulis juris*).

pas qu'on vous fît; » et même : « Faites aux autres ce que vous voudriez qu'on vous fît. » Au surplus, ce second précepte, *alterum non lædere*, est véritablement compris dans le troisième, *suum cuique tribuere :* aussi Ulpien et Justinien, en définissant la justice, n'ont-ils pas cru nécessaire de faire allusion au second, et se sont-ils bornés à mentionner le troisième (1).

Il s'agit maintenant de rechercher comment les Romains ont divisé la science du droit, combien de branches diverses ils ont admises dans cette vaste science. Or la classification d'Ulpien, reproduite par Justinien, se borne à ceci : L'étude du droit comprend l'étude du *jus publicum* et l'étude du *jus privatum ;* le *jus privatum* à son tour se subdivise, attendu que toutes les règles dont il se compose appartiennent au *jus naturale* ou au *jus gentium* ou au *jus civile* (2).

Qu'est-ce que le *jus publicum? Quod ad statum rei romanæ spectat*, celui qui concerne le gouvernement du peuple romain. Dans tout État, dans toute association politique, il y a des intérêts généraux, des intérêts communs : *Sunt quædam publicè utilia,* dit Ulpien ; on appelle *jus publicum* l'ensemble des règles destinées à pourvoir à ces intérêts communs. Ainsi, dans le *jus publicum*, nous trouvons les règles concernant l'organisation de la puissance sociale, les attributions et la manière de procéder des différentes autorités, les rapports des particuliers avec ces autorités. La religion joue un grand rôle chez les Romains ; à l'origine, elle se lie de la manière la plus étroite au gouvernement, à l'administration politique. Aussi Ulpien dit-il : « *Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus, consistit* » (3).

Qu'est-ce que le *jus privatum? Quod ad singulorum utilitatem*

(1) Voy., ci-dessus, p. 10.

(2) L. 1 § 2, D., *De just. et jure;* § 4, Inst., *eod. Tit.*

(3) Aujourd'hui, dans les États constitutionnels, on peut distinguer le *droit politique* et le *droit public*. J'appelle *droit politique* l'ensemble des règles sur l'organisation de la puissance sociale, sur la participation des citoyens au gouvernement, etc.; et *droit public*, l'ensemble des règles qui garantissent à tous les habitants le bénéfice de certains principes conquis pour la plupart dans les temps modernes, tels que l'égalité devant la loi et devant l'impôt, la liberté de conscience, etc.

pertinet, celui qui concerne l'intérêt des particuliers, c'est-à-dire qui est destiné à régler les rapports des particuliers entre eux. Ainsi, je prétends que Titius me doit 100 sous d'or, et Titius se refuse à me les payer. Voilà un différend qui intéresse seulement deux particuliers : peu importe à l'État que ce soit moi qui aie raison ou que ce soit Titius. Du reste, ce différend, comme tout autre différend même relatif à un intérêt purement privé, ce sera l'Etat ou du moins un délégué de l'Etat qui le videra si Titius et moi nous ne finissons pas par nous entendre, et, la sentence une fois rendue, l'Etat interviendra encore une fois, s'il est nécessaire, pour la faire exécuter. A ce point de vue, le *jus privatum* présuppose l'existence du *jus publicum*, puisque c'est le *jus publicum* qui pourvoit à ce que les règles du *jus privatum* soient observées bon gré mal gré par ceux qui s'y trouvent soumis.

D'après Ulpien, les règles dont se compose le droit privé appartiennent à trois classes distinctes. *Privatum jus tripertitum est : collectum etenim est ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus*. Voyons d'abord quel est exactement le sens de ces expressions. Par *præcepta naturalia* ou par *jus naturale*, Ulpien entend des règles auxquelles sont soumis tous les êtres animés : *jus naturale est quod natura omnia animalia docuit*. Par *jus gentium*, des règles qui gouvernent tous les hommes, à quelque nationalité qu'ils appartiennent : *jus gentium est quo gentes humanæ utuntur,... solis hominibus inter se commune est*. Enfin, par *jus civile*, des règles qui n'existent que dans la loi romaine, et qui sont applicables seulement aux citoyens romains.

Que penser de cette division tripartite du droit privé ? Je vais montrer qu'elle n'est pas rationnelle, qu'elle n'a aucune utilité pratique, et qu'en conséquence elle n'avait réellement pas été admise par les Romains.

Je dis d'abord qu'elle n'est pas rationnelle. En effet, sans doute les animaux (et même les êtres inanimés) sont soumis à certaines lois, à certaines nécessités ; mais en obéissant à ces lois ils n'accomplissent pas un devoir. Il n'y a pas devoir, il n'y pas observation ou violation d'une règle de droit ou de morale, là où il n'existe pas un être intelligent et libre. Quand un loup égorge un agneau, il obéit à son instinct, nous ne dirons pas qu'il y a là un acte contraire

ou conforme au droit naturel. Le droit n'a rien à faire ici (1). En définissant le droit naturel, Ulpien est sans doute parti de l'hypothèse chimérique d'un état anté-social où l'homme vivait à la façon des animaux ; dans cet état anté-social, il ne pouvait réellement pas être question de droit (2). — Je remarque d'ailleurs qu'il y a une inexactitude incontestable dans les exemples donnés par Ulpien, quand il dit en parlant du droit naturel : « *Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio, ... hinc liberorum procreatio, hinc educatio : videmus etenim cætera quoque animalia, feras etiam, istius juris perita censeri* » (3). En effet, il est parfaitement certain qu'il y a beaucoup d'animaux qui ne s'occupent en aucune façon de leurs petits : on ne peut donc pas présenter l'*educatio liberorum* comme une règle à laquelle sont soumis les animaux aussi bien que les hommes.

Je dis, en second lieu, que la division tripartite d'Ulpien n'a aucune utilité pratique. En effet, sérieusement, quelle conséquence e-t-il possible de tirer, au point de vue du droit, de ce que, chez les poissons, par exemple, il y a une certaine union des sexes, *maris atque feminæ conjunctio ?* — Parmi les institutions consacrées dans la législation romaine, une seule nous est présentée comme étant du droit des gens (c'est-à-dire pratiquée chez tous les peuples connus des Romains), mais comme étant cependant contraire au droit naturel : je veux parler de l'esclavage (4). Or, je le demande, quelle conséquence pratique les Romains ont-ils jamais tirée de cette idée que l'esclavage est *contra naturam ?* — Il faut donc supprimer une des trois branches de la division d'Ulpien, et reconnaître que, parmi les règles dont se compose le droit privé, les unes dérivent du *jus gentium* et les autres du *jus civile*. Nous aurons ainsi une distinction exacte en elle-même et d'un intérêt pratique considérable, puisque les règles empruntées par le droit romain au

(1) Ulpien lui-même exprime très-bien cette idée, lorsqu'il dit : « *Non potest animal injuriâ fecisse, quod sensu caret.* » *Injuriâ facere*, c'est contrevenir au droit. Voy. L. 1 § 3, D., *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* (9, 1) ; pr., Inst., *eod. Tit.* (4, 9).

(2) Comp. M. Oudot, *Conscience et science du devoir*, t. II, n°s 451 et suiv., 479 et suiv.

(3) L. 1 § 3, D., *De just. et jure* ; pr., Inst., *De jure natur., gent. et civ.* (1, 2).

(4) Ulpien, L. 4, D., *De just. et jure* ; Inst., § 2 *eod. Tit.*, et pr. *De libertinis* (1, 5).

jus gentium sont applicables à tous les hommes, aux *peregrini* comme aux *cives*, tandis que celles qui constituent le *ius civile* ne s'appliquent qu'aux citoyens romains (1).

Enfin j'ai annoncé que la division tripartite n'avait point prévalu, n'avait point été admise d'une manière générale chez les Romains. Il faut y voir simplement une tentative isolée, une tentative peu réfléchie, du jurisconsulte Ulpien. D'abord, avant Ulpien, Cicéron considérait le *jus naturale* comme se confondant avec le *jus gentium*. Voici, en effet, comment il s'exprime (*De officiis*, lib. III, n° 5) : « *Illud natura non patitur ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes, augeamus. Neque verò hoc solùm naturâ, id est jure gentium, sed etiam legibus populorum quibus in singulis civitatibus respublica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causâ nocere alteri...* » Gaius prend également comme synonymes les deux expressions *jus naturale* et *jus gentium* : « *Quod naturalis ratio*, nous dit-il dès le début de son commentaire I, *inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræquè custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur...* » Et de même dans un autre ouvrage (lib. II *Rerum quotidianarum sive Aureorum*) : « *Quarumdam rerum dominium nanciscimur jure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines perœquè servatur; quarumdam, jure civili, id est jure proprio civitatis nostræ* » (2). Enfin, par une contradiction assez singulière, Justinien dans ses Institutes, après avoir reproduit la division tripartite d'Ulpien, confond ensuite, à plusieurs reprises, comme l'avait fait Gaius, le *jus naturale* avec le *jus gentium* (3). Cette idée bizarre, que parmi les règles dont se compose le droit d'un peuple il en est qui sont communes aux hommes et aux animaux, ne doit donc pas être considérée comme ayant été admise, en définitive, dans le droit romain (4).

(1) Sur cette distinction du *jus gentium* et du *jus civile*, voy. Gaius, comment. I, § 1; §§ 1 et 2, Inst., *De jure natur., gent. et civ.*

(2) L. 1 pr., D., *De adquir. rer. dom.* (41, 1).

(3) Voy. les §§ 1 et 11 *De jure natur., gent. et civ.*, et le § 11 *De divisione rerum* (II, 1).

(4) Consultez, sur ce point, M. de Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (ouvrage traduit en français par M. Guenoux, sous ce titre : *Traité de droit romain*), t. I, appendice I.

Lorsqu'on étudie une législation actuellement en vigueur ou une partie de cette législation, habituellement le but principal qu'on se propose, c'est d'arriver à déterminer d'une manière exacte et précise les règles auxquelles obéissance est due par les personnes soumises à l'empire de la législation dont il s'agit : dans une pareille étude, l'histoire joue un rôle assez secondaire. Lors au contraire qu'on étudie une législation qui a cessé d'être obligatoire, l'intérêt de cette étude consiste principalement à reconnaître et à signaler les phases diverses par lesquelles ont passé les institutions avant d'arriver à leur perfectionnement définitif : le travail ici doit donc être surtout un travail historique.

Le droit romain n'a plus en France force de loi positive. Par conséquent, nous devons l'étudier historiquement, si nous voulons en retirer tout le profit qu'il peut nous fournir.

Mais l'histoire du droit en général, du droit romain en particulier, peut être envisagée à deux points de vue. On distingue, en effet, l'histoire *externe* et l'histoire *interne* (1). L'histoire *externe*, c'est l'histoire des sources du droit romain : elle nous montre ce qu'il fallait, aux différentes époques, pour que telle ou telle prescription pût devenir une règle de droit, une règle obligatoire et pourvue d'une sanction positive : fallait-il une loi, et qu'est-ce qu'une loi?.. (2). Au contraire, l'histoire *interne*, c'est l'histoire des différentes institutions dont l'ensemble constitue le droit romain : par exemple, on fait de l'histoire *interne* quand on recherche comment la puissance paternelle était organisée à l'origine et ce qu'elle est devenue par la suite.

Nous devons nous occuper d'abord de l'histoire *externe* du droit romain.

(1) Cette distinction paraît avoir été formulée pour la première fois par Leibnitz.

(2) Puchta entend d'une manière un peu plus large l'histoire externe du droit romain. Suivant lui, « l'objet de cette branche de l'histoire du droit est « le mouvement successif du droit dans les points qui sont les éléments de « l'ensemble : la formation du droit, c'est-à-dire la constitution et le mode d'ac- « tion des sources du droit, son existence dans la conscience du peuple, les « mesures destinées à le conserver, sa division en droit privé et droit public et « le rapport de ces deux parties, son caractère comme droit de tel peuple. L'his- « toire de tous ces éléments appartient à l'histoire externe du droit... » (*Cursus der Institutionen*, t. I, § XXXIV.)

ABRÉGÉ

DE

L'HISTOIRE EXTERNE

DU DROIT ROMAIN.

Le droit romain, au point de vue des sources d'où il dérive, est *scriptum* ou *non scriptum*. Suivant l'époque historique à laquelle on se place, on voit dominer le *jus scriptum* ou au contraire le *jus non scriptum ;* mais il est permis de dire d'une manière générale qu'à toute époque le droit comprend des règles appartenant à ces deux classes. Ulpien déclare qu'il en était ainsi de son temps chez les Romains, et que les choses se passaient de même chez les Grecs : « *Jus nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Græcos : τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι* » (1). Du reste, d'après le témoignage de Justinien, Lacédémone était plutôt régie par le droit non écrit, Athènes par le droit écrit (2).

Si une règle existe comme règle de droit, si elle est obligatoire, c'est toujours parce que le peuple, parce que le souverain, a voulu qu'elle eût ce caractère. Or, cette volonté du peuple, il peut la déclarer expressément, soit par lui-même, soit par des représentants, et alors la connaissance en est portée aux sujets au moyen de l'écriture ; mais la volonté du peuple peut également se révéler sans déclaration expresse, par cela seul qu'une certaine règle qui n'est écrite nulle part se trouve cependant en fait avoir toujours été observée depuis un temps considérable. « *Inveterata consuetudo,* dit très-

(1) Loi 6, § 1, D., *De just. et jure*; § 3, Inst., *De jure natur., gent. et civ.*
(2) § 10, Inst., *De jure natur., gent. et civ.*

bien le jurisconsulte Julien (1), *pro lege non immeritò custoditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum* (ce que nous appelons en français *droit coutumier*). *Nàm, cùm ipsæ leges nullâ aliâ ex causâ nos teneant quàm quòd judicio populi receptæ sunt, meritò et ea quæ sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes : nàm quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?*» Ulpien résume la même idée lorsqu'il dit : « *Mores sunt tacitus consensus populi longâ consuetudine inveteratus* » (2). Et Justinien, à son tour, l'exprime en ces termes : « *Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit : nàm diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur* » (3).

Cette distinction du *jus scriptum* et du *jus non scriptum* est-elle simplement une subdivision du *jus civile*, du droit exclusivement romain? D'après plusieurs textes, on serait tenté de le croire. Ainsi, Justinien, dans ses Institutes, dit, en propres termes, que c'est le *jus civile* qui est ainsi *in duas species distributum ;* puis, opposant les *naturalia jura, quæ semper firma atque immutabilia permanent,* aux règles *quæ ipsa sibi quæque civitas constituit,* il dit que ces dernières sont souvent modifiées, *vel tacito consensu populi, vel aliâ posteà lege latâ* (4), d'où l'on serait tenté de conclure que l'abrogation par désuétude ne s'applique qu'aux règles de droit civil. La vérité, c'est qu'une règle de droit des gens, tout comme une règle de droit civil, peut exister à Rome aussi bien sous la forme du *jus non scriptum* que sous la forme du *jus scriptum*. Ainsi, d'une part, très-certainement il est arrivé qu'une règle observée chez tous les peuples s'est établie à Rome par la coutume et n'a même pas eu besoin d'être consacrée par une loi écrite; et, d'autre part, il est parfaitement certain que l'Edit du Préteur, qui nous est présenté par les Institutes mêmes comme étant une des sources du *jus scriptum* (5), a sanctionné beaucoup de règles empruntées au *jus gentium*. En ce qui concerne l'abrogation, sans doute les lois éternelles qui existent sans le consentement des hommes ne peuvent être ni

(1) L. 32 § 1, D., *De legibus* (1, 3).
(2) *Fragments d'Ulpien*, § 4.
(3) § 9, Inst., *De jure natur., gent. et civ.*
(4) §§ 10 et 11 *De jure natur., gent. et civ.*
(5) § 3 *eod. Tit.*

abrogées, ni modifiées par aucune puissance humaine; mais les règles de droit proprement dites, qu'elles appartiennent au *jus gentium* ou qu'elles appartiennent au *jus civile*, peuvent être abrogées par la coutume aussi bien que par une loi écrite. Aussi Julien dit-il, en termes très-généraux : « *Rectissimè illud receptum est, ut leges, non solùm suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium, per desuetudinem abrogentur* » (1).

La force obligatoire des règles de droit tient toujours à la volonté du peuple. Cela est aussi vrai pour les règles composant le *jus non scriptum* que pour les règles composant le *jus scriptum*. Donc la coutume ou l'usage n'est pas, en principe, la cause génératrice de la règle de droit; la coutume ou l'usage est simplement le signe que la règle de droit existe. De ce qu'une règle est observée depuis longtemps, nous pouvons conclure qu'elle existe; mais elle existait peut-être déjà en réalité avant d'avoir été ainsi fréquemment appliquée. L'exactitude de cette idée a été complétement démontrée de nos jours en Allemagne (2). Et nous avons une Constitution de l'empereur Alexandre dans laquelle on distingue parfaitement la *consuetudo* et la *ratio quæ consuetudinem suasit* (3). Comme le dit très-bien M. de Vangerow, «la règle elle-même existe avant la cou- « tume, elle produit la coutume; mais la valeur pratique de cette « règle ne résulte que de l'usage qui en est fait : cet usage est à « peu près ce qu'est la publication pour le *jus scriptum*. Comme on « peut dire qu'une loi existe par la publication, on peut dire aussi « que le droit coutumier existe par l'usage : il n'y a donc pas lieu « de faire un reproche aux jurisconsultes romains de ce qu'ils « parlent de *jus moribus constitutum* ou *introductum*... »

L'historien anglais Gibbon, au chapitre 44 de son *Histoire de la décadence et de la chute de l'Empire romain*, voulant présenter le tableau du développement successif de la jurisprudence romaine, dit que l'intervalle de presque dix siècles qui se trouve entre la publi-

(1) L. 32 § 1 *in fine*, D., *De legibus*.

(2) Comp. Puchta, *Cursus der Institutionen*, t. I, §§ XII et XIII; Savigny *System*, t. I, §§ XII et XXV; M. de Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, t. I, § XIV.

(3) L. 1, Cod. *Quæ sit longa consuetudo* (8, 53).

cation des Douze-Tables et le règne de Justinien, peut se diviser en trois périodes d'une durée à peu près égale : en conséquence, il termine la première période à la naissance de Cicéron, et la seconde au règne d'Alexandre Sévère. Cette division a été adoptée par plusieurs auteurs (1). J'y changerai quelque chose, la naissance de Cicéron ni le règne d'Alexandre Sévère ne me paraissant marquer des époques assez importantes dans l'histoire externe du droit romain. Au lieu de la naissance de Cicéron, je prendrai l'avénement d'Auguste au trône impérial; et, au lieu du règne d'Alexandre Sévère, je prendrai le règne de Constantin. En effet, à l'avénement d'Auguste et au règne de Constantin correspond un changement notable, soit dans l'organisation politique, soit dans le système de procédure.

Voici donc les quatre périodes que nous allons successivement parcourir, de manière à étudier dans chacune les sources du droit romain :

Première période : depuis la fondation de Rome jusqu'à la loi des Douze-Tables;

Seconde période : depuis la loi des Douze-Tables jusqu'à la fin de la République;

Troisième période : depuis Auguste jusqu'à Constantin;

Quatrième période : depuis Constantin jusqu'à Justinien (2).

PREMIÈRE PÉRIODE.

Les origines de Rome sont entourées d'une grande obscurité. Voici, en résumé, ce qui paraît le plus probable :

Environ 750 ans avant la naissance de Jésus-Christ, il existait une ville au pied d'une colline (le mont Palatin), sur la rive gauche du Tibre et à peu de distance de son embouchure. Au nord de cette ville, habitaient les Etrusques; à l'est, les Sabins; au sud, les Latins. Ces trois peuples appartenaient à deux races distinctes et ne parlaient pas la même langue. Les Etrusques descendaient certainement d'une race à part, et avaient une langue à eux, laquelle

(1) Voy. notamment M. Giraud, *Histoire du droit romain*, p. 16.

(2) C'est à peu près la division suivie par Puchta (*Cursus der Institutionen*). Voy. aussi Marezoll (*Lehrbuch der Institutionen*), traduit par M. Pellat.

est restée jusqu'à présent indéchiffrable. Au contraire, les Sabins et les Latins paraissent avoir appartenu à une même race et avoir parlé deux dialectes d'une même langue (1). — Quoi qu'il en soit, ces trois peuples sont entrés dans la composition primitive du peuple romain. Un chef latin, Romulus, fonda ou plutôt conquit la ville dont il vient d'être parlé (2); un chef sabin, Tatius, s'établit près du mont Palatin, sur le mont Quirinal, et partagea la royauté avec Romulus (3); enfin, un chef étrusque, un *lucumon*, Cælius Vibenna, entra également avec ses hommes dans cette association et s'établit sur le mont Cælius (4). Voilà donc les trois éléments originaires de la nationalité romaine : les *Ramnes*, compagnons de Romulus; les *Tities*, compagnons de Tatius; les *Luceres*, compagnons de Cælius Vibenna.

Ces trois éléments ne se fondirent pas immédiatement l'un dans l'autre; ils restèrent longtemps juxta-posés. Tite-Live dit bien, en parlant des Romains et des Sabins (liv. I, n° 13) : « *Ad fœdus faciendum duces prodeunt; nec pacem modò, sed et civitatem unam ex duabus, faciunt; regnum consociant; imperium omne conferunt Romam. Ità geminatâ urbe, ut Sabinis tamen aliquid daretur, Quirites a Cu-*

(1) Sur les premiers habitants de l'Italie, voy. surtout M. C. Cantu, *Histoire des Italiens*, livre I, chap. 2, 3, 4 et 5.

(2) Un commentateur de Virgile, Philargyrius, cité par M. Walter (*Gesch. des röm. Rechts*, t. I, p. 15), s'exprime ainsi : « *Roma ante Romulum fuit, et ab eâ sibi Romulum nomen adquisivisse Marianus Lupercaliorum poeta ostendit.* » — Il paraît que les habitants de cette ville conquise par Romulus étaient des *Siculi*. D'autres pensent que c'étaient des Etrusques, qui, après la prise de leur ville, furent relégués du côté du mont Cælius, sous le nom de *Luceres* : voy. Puchta, *op. cit.*, t. I, p. 125.

(3) Les Sabins de Tatius furent appelés *Quirites*, du nom de la ville de *Cures* qu'ils habitaient. Suivant l'opinion commune, cette ville était située un peu au-delà de l'Anio; Puchta (*loc. cit.*) incline à croire qu'elle était en face du mont Palatin et tout près de Rome, sur les monts Capitolin et Quirinal. D'après la première opinion, les Sabins, en vertu de leur alliance avec les Romains, seraient venus s'établir sur les collines dont il s'agit; d'après la deuxième, ils y seraient restés. Dans le premier sens, on peut invoquer ce que dit Festus : QUIRINALIS COLLIS *dictus est, quia in eum commigrârunt Sabini a Curibus venientes, quamvis alii a templo Quirini dictum putant.*

(4) *Cælius mons*, dit Varron, *a Cælio Vibennâ, Tusco duce nobili, qui cum suâ manu dicitur Romulo venisse auxilio contrà Tatium regem...* » (*De linguâ latinâ*, V, 46). Voy. aussi Festus, au mot *Cælius*; et Tacite, *Annales*, IV, 65. — Comp., ci-dessus, note 2.

ribus appellati. » De même, Cicéron dit bien, en parlant de Romulus (*De republica*, liv. II, nos 7 et 8) : « *Cum Tito Tatio, rege Sabinorum, fœdus icit...; quo fœdere et Sabinos in civitatem adscivit, sacris communicatis, et regnum suum cum illorum rege sociavit... Post interitum autem Tatii, ad eum potentatus omnis recidit.* » Mais il n'en est pas moins vrai que, depuis le traité ou l'alliance dont il s'agit et même depuis la mort de Tatius, les Romains et les Sabins continuèrent à former deux peuples distincts : ce serait une erreur de croire qu'ils se fondirent immédiatemeut de manière à ne plus former qu'un peuple unique sous le nom de *Quirites*. En effet, les populations réunies sous un seul roi après la mort de Tatius sont encore désignées par cette expression *populus romanus quiritesque* (1), laquelle est devenue plus tard *populus romanus Quiritium* (2). D'ailleurs, nous voyons que Romulus, en son nom et au nom de Tatius, distribua le peuple sur lequel ils régnaient l'un et l'autre en trois tribus, appelées : la tribu des *Ramnes* ou *Ramnenses*, la tribu des *Tities* ou *Tatienses*, la tribu des *Luceres* (3). Les deux premières de ces tribus correspondent certainement aux Romains et aux Sabins; la troisième correspond très-probablement aux Etrusques établis sur le mont Cælius et dans les environs. Ces trois tribus sont subdivisées en trente curies (4); et, de même qu'on se trouve dans telle ou dans telle tribu suivant qu'on est de race latine ou de race sabine ou de race étrusque, de même on vote dans telle curie ou dans telle autre suivant la race à laquelle on appartient. Tel est le sens de ce passage de Lælius Félix que rapporte Aulu-Gelle (XV, 27) : « *Cum ex generibus hominum suffragium feratur, curiata comitia esse.* » Ce n'est pas tout : après avoir ainsi distribué les personnes, Romulus distribua le territoire; et, comme les personnes, il le dis-

(1) Festus, v° Dici : « *Dici mos erat Romanis, in omnibus sacrificiis precibusque :* Populo romano Quiritibusque, — *quod est* Curensibus, *quæ civitas Sabinorum potentissima fuit.* »

(2) Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, liv. X, chap. 24.

(3) Voy. notamment Cicéron (*De republ.*, liv. II, n° 8), Tite-Live (I, 13) et Festus (v° *Lucereses* et v° *Titiensis*).

(4) Cicéron (*loc. cit.*) dit, en parlant de Romulus : « *Populum... in tribus tres curiasque triginta descripserat, quas curias earum nominibus nuncupavit quæ, ex Sabinis virgines raptæ, posteà fuerant oratrices pacis et fœderis.* » Voy. aussi Tite-Live, *loc. cit.*

tribua, il le répartit entre les trois tribus. « *Ager romanus*, dit Varron (*De linguâ latinâ*, liv. V, n° 55), *primùm divisus in partes tres, a quo* TRIBUS *appellata Tatiensium, Ramnium, Lucerum.* » Ainsi, non-seulement chaque tribu était composée d'hommes appartenant à la même race, mais chaque tribu avait, en quelque sorte, son territoire propre (1).

Quelques mots maintenant sur la constitution politique de Rome à son origine.

Cette constitution, monarchique en apparence, au fond était plutôt une république aristocratique : le roi était nommé à vie et n'avait que des pouvoirs assez restreints, du moins en temps de paix : il n'était, à vrai dire, que le délégué d'une certaine aristocratie en qui résidait réellement la puissance publique. Mais cette aristocratie, comment était-elle organisée? Pour le comprendre, il faut d'abord savoir ce qu'étaient les *plébéiens*, ce qu'étaient les *clients*.

Suivant Denys d'Halicarnasse (liv. II, n° 8), il y eut des plébéiens dès l'origine de Rome. En effet, Romulus lui-même, voulant constituer auprès de lui un conseil, choisit pour en faire partie les principaux du peuple : *in regium consilium delegit principes*, dit Cicéron (*De republ.*, II, 8). Ce conseil fut appelé *senatus;* les conseillers, *patres* (2), et leurs descendants, *patricii* (3). Ainsi, pour être patricien, il faut appartenir à une famille qui remonte à un sénateur. Dès le temps de Romulus, celui qui n'a pas été choisi et dont le père ou l'aïeul n'a pas été choisi pour entrer dans le

(1) Je laisse de côté pour le moment les deux assertions suivantes, qui sont tout au moins très-contestables :

Suivant Denys d'Halicarnasse (liv. II, n° 7), chacune des trente curies aurait compris dix *décades* ou *décuries*. Niebuhr et d'autres après lui ont vu dans ces *décuries* les *gentes* dont nous aurons à parler plus loin.

Plusieurs auteurs conjecturent que, comme la tribu avait son territoire propre, de même dans ce territoire une portion déterminée avait été assignée à chaque curie. Denys d'Halicarnasse (*loc. cit.*) dit, en effet, que Romulus divisa le territoire en trente parties égales et que le sort en attribua une à chaque curie.

(2) *Propter caritatem*, dit Cicéron (*loc. cit.*). Cette explication est-elle bien exacte? Je préfère celle de Florus : « *Consilium reipublicæ penes senes erat, qui ex auctoritate* PATRES, *ob ætatem* SENATUS *vocabantur* » (*Rer. roman. libri*, I, 1). « *Patres certè ab honore appellati*, » dit également Tite-Live (I, 8).

(3) Cicéron, *De republ.*, II, n° 12; Denys d'Halicarnasse, II, n° 8.

Sénat, celui-là est un plébéien. Or, Romulus ne dut choisir personne parmi les anciens habitants, parmi les vaincus, ni parmi la foule des étrangers et des esclaves fugitifs qui profitèrent de l'asile qu'il avait eu l'idée d'ouvrir; et même parmi ses compagnons il est douteux que les chefs de famille aient tous été appelés au Sénat. « *Centum creat senatores,* dit Tite-Live (I, 8), *sive quia is numerus satis erat, sive quia soli centum erant qui creari patres possent.* »

Du temps de Romulus, il paraît que tout plébéien dut s'attacher à un *pater,* à un sénateur, se mettre comme client sous sa dépendance et sous sa protection : Cicéron (*loc. cit.*, n° 9) et Denys d'Halicarnasse (II, 9) sont parfaitement d'accord à cet égard (1). Mais il est certain que plus tard un grand nombre de plébéiens restèrent en dehors de ces liens de la clientelle : en effet, s'il en résultait certains avantages pour celui qui s'y trouvait soumis, des charges assez lourdes y étaient aussi attachées. « *Oportebat patricios,* dit Denys d'Halicarnasse, *suis clientibus jus interpretari, cujus illi essent imperiti; et illorum æquè absentium atque præsentium curam gerere, facientes quidquid liberorum causâ parentes facere solent..... Oportebat verò vicissim ipsos clientes juvare suos patronos in elocandis filiabus, si earum parentes essent inopes; et ab hoste redimere, si quis aut ipsorum aut ex liberis eorum captus fuisset..... Commune autem utrisque erat, ut neque pium neque fas esset alteris alteros in judiciis accusare, aut testimonium adversum dicere, aut suffragium contrarium ferre, aut inter inimicos censeri.....* » (2). Sans doute les affranchis étaient toujours dans la clientelle de leur ancien maître; du reste, le même mot *patronus,* qui désigne plus particulièrement cet ancien maître, est employé non-seulement quand on le considère par rapport à ses affranchis, mais aussi quand on le considère par

(1) Voici la traduction latine du passage de l'historien grec (édit. Reiske) : « *Romulus patriciis plebeios commendavit, unicuique de plebe liberâ optione datâ ut sibi quem vellet patronum eligeret.* » Denys ajoute que cette clientelle existait chez les Athéniens; les Romains l'ont sans doute empruntée aux Sabins et aux Etrusques.

(2) Comp. Aulu-Gelle, *Nuits attiques,* liv. V, chap. 13. — Festus, se plaçant à l'origine, nous présente la clientelle comme étant toute dans l'intérêt du client : « PATROCINIA, dit-il, *appellari cœpta sunt cùm plebs distributa est inter patres ut eorum opibus tuta esset.* »

rapport à ses autres clients. Nous voyons dans Tite-Live et dans Denys d'Halicarnasse que plus d'une fois, dans les troubles civils, les clients prirent parti pour leurs patrons contre les autres plébéiens. Pourtant c'était autrefois une opinion générale qu'il y avait identité absolue entre les clients et les plébéiens; et cette opinion, combattue par Niebuhr, est encore enseignée par M. Th. Mommsen (1).

Voyons maintenant de plus près comment était organisé le gouvernement, à qui appartenait l'exercice de la puissance publique.

Le roi était nommé à vie : « Nos ancêtres, dit Cicéron (*De republ.*, II, 12), *etiam tùm agrestes, viderunt virtutem et sapientiam regalem, non progeniem, quæri oportere.* » Le roi était investi de la magistrature suprême : le peuple et le Sénat s'inclinaient devant son *imperium*, consacré par les mœurs et par la religion. Si nous en croyons un fragment de Pomponius, inséré au Digeste de Justinien, le pouvoir royal à l'origine était absolu : *Omnia manu a regibus gubernabantur....; constat reges omnem potestatem habuisse* (2). Mais cela ne doit pas être pris au pied de la lettre : Pomponius, qui vivait sous l'Empire, a sans doute subi l'influence de son époque. Des auteurs en qui nous pouvons avoir toute confiance, Cicéron et Denys d'Halicarnasse, nous présentent le pouvoir royal comme étant déjà limité entre les mains de Romulus. Cicéron dit, en termes généraux (*De republ.*, II, 8), que, si le Sénat existait déjà du vivant de Tatius, cependant après sa mort *multò etiam magis Romulus patrum auctoritate consilioque regnavit*, expressions qui excluent l'idée d'un pouvoir royal exercé despotiquement. Et Denys d'Halicarnasse indique en détail (II, 14) quelles fonctions étaient réservées au roi. Le roi était souverain pontife, *sacrorum et sacrificiorum principatum habebat.* Il était le gardien des lois et des coutumes nationales, *legum et morum patriorum custos*, ce qui semble bien indiquer qu'il n'était pas au-dessus des lois, qu'il n'aurait pas pu à son gré les abroger. Il présidait à l'administration de la justice, connaissant lui-même des affaires les plus graves

(1) « En droit, dit cet éminent historien, il n'y a aucune différence entre le client et le plébéien » (*Röm. Geschichte*, 3e édit., t. I, p. 90).

(2) L. 2 §§ 1 et 14, D., *De orig. juris* (1, 2).

et laissant juger les autres par les sénateurs, *ità tamen ut caveret ne quid interim in judiciis peccaretur* (1). Il appartenait au roi d'assembler le Sénat et de convoquer le peuple : tout d'abord il exprimait son sentiment, puis il faisait exécuter la décision prise à la majorité. Enfin, en temps de guerre, le roi était le général en chef: *in bello summum habebat imperium.* Denys d'Halicarnasse ajoute que tout ce système paraît avoir été emprunté à Lacédémone : *neque enim Lacedæmoniorum reges summum habebant imperium, ità ut quidquid libuisset facerent; sed summa totius reipublicæ administratio penes Senatum erat.*

Le Sénat délibérait et donnait son avis sur toutes les affaires qui lui étaient soumises par le roi conformément à l'esprit de la constitution et à la coutume; et Tite-Live nous apprend (II, 49) que Tarquin le Superbe *regum primus traditum a prioribus morem de omnibus senatum consulendi solvit.* Spécialement, lorsqu'une loi avait été votée par le peuple, elle n'était exécutoire que sauf l'approbation du Sénat (2). Tite-Live, dans le même passage que je viens de citer, se réfère à cette idée lorsqu'il dit, toujours à propos de Tarquin le Superbe : « *Neque ad jus regni quicquam præter vim habebat, ut qui neque populi jussu neque auctoribus Patribus regnaret.* » — Nous savons que Romulus avait d'abord institué un Sénat de cent membres (3). Voici, d'après Denys d'Halicarnasse, comment furent nommés ces cent sénateurs : Le roi en choisit un, chargé d'administrer la ville toutes les fois que lui-même conduirait l'armée au dehors; chacune des trois tribus en choisit trois dans son sein, et enfin chacune des trente curies en choisit trois également parmi ses membres. Un peu plus tard, Romulus augmenta le nombre des sénateurs : il le porta soit à deux cents, soit

(1) Il ne semble pas, d'après cela, qu'il fût possible d'appeler au peuple de la sentence rendue par le roi. Nous voyons bien dans Tite-Live (I, 26), que la sentence de mort rendue contre le jeune Horace fut réformée par le peuple; mais cette sentence avait été rendue par des duumvirs et non par le roi. Cependant Cicéron s'exprime ainsi (*De republ.*, II, 31) : « *Provocationem etiam a regibus fuisse déclarant pontificii libri, significant nostri etiam augurales.* » Sans doute c'est seulement sous les derniers rois que cette faculté d'appel au peuple fut établie. Comp. Cicéron, *eod. op.*, V, 2.

(2) Voy. notamment Denys d'Halicarnasse (II, 14). Comp. Tite-Live, I, 17.

(3) Tite-Live, I, 8; Denys d'Halicarnasse, II, 12.

à cent cinquante : Denys d'Halicarnasse lui-même (II, 47) dit que les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point. Ce qui parait certain, c'est que le nombre finit par être porté à trois cents, sous Tarquin l'Ancien (1).

Les comices par curies votaient sur la paix et sur la guerre, sur l'établissement de lois nouvelles, sur la nomination des magistrats (2). Comme je l'ai déjà dit, ces comices ne pouvaient se réunir sans avoir été convoqués par le roi. Alors, comment les choses se passaient-elles lorsque, le roi étant mort, il s'agissait de lui nommer un successeur? Après la mort de Romulus, le Sénat essaya de gouverner *sine rege :* chaque sénateur était successivement investi, sous le nom d'*interrex*, du pouvoir royal pendant cinq jours. Mais le peuple ne s'accommoda pas de cet état de choses : *regem alienigenam,* dit Cicéron, *patribus auctoribus, sibi ipse populus adscivit.* Numa Pompilius, ainsi appelé au trône par les suffrages populaires, se regarda-t-il dès lors comme régulièrement investi du pouvoir royal? Non. Ici encore écoutons Cicéron: «*Quanquàm populus curiatis eum comitiis regem esse jusserat, tamen ipse de suo imperio curiatam legem tulit*» (3). Ainsi fit le successeur de Numa, Tullus Hostilius; ainsi Ancus Martius; ainsi Tarquin l'Ancien (4). Pourquoi donc le roi, déjà nommé par une loi curiate, juge-t-il nécessaire d'en proposer lui-même une deuxième *de imperio suo?* Cela s'explique parce que la première n'est pas absolument régulière, les comices ne pouvant se réunir que sur la convocation du roi et ne pouvant voter que sur la proposition du roi. Sans doute il y a là un cercle vicieux : car, si l'individu nommé par la première loi curiate n'est pas encore investi de la royauté, il n'a pas le droit de convoquer les comices pour leur proposer la deuxième. Mais on n'avait trouvé aucun autre moyen de donner satisfaction aux principes.

(1) Denys d'Halicarnasse, III, 67; Tite-Live, I, 35; Cicéron, *op. cit.*, II, 20. D'après une conjecture présentée ou acceptée par plusieurs modernes, les sénateurs nommés primitivement avaient été pris dans la tribu des *Ramnes*, ceux de la seconde promotion dans la tribu des *Tities*, ceux de la troisième dans la tribu des *Luceres*. Cette conjecture, assez plausible en elle-même, ne s'accorde pas avec le récit de Denys d'Halicarnasse.

(2) Denys d'Halicarnasse, II, 14.

(3) Cicéron, *De republ.*, II, 12 et 13; Denys d'Halicarnasse, II, 57, 58 et 60.

(4) Cicéron, *De republ.*, II, 17, 18 et 20.

Nous savons que pour la perfection d'une loi curiate il faut la ratification du Sénat, l'*auctoritas patrum*. Il faut, de plus, qu'on ait pris les auspices. Romulus avait un grand respect pour les auspices, nous dit Cicéron : *nàm et ipse urbem condidit auspicatò; et, omnibus publicis rebus instituendis, qui sibi adessent in auspiciis, ex singulis tribubus singulos cooptavit augures* (1). Un miracle accompli en présence de Tarquin l'Ancien par l'augure Attus Navius vint augmenter encore l'autorité des augures : *auguriis certè sacerdotioque augurum tantus honos accessit ut nihil belli domique posteà nisi auspicatò gereretur* (2). La science des augures consistait à savoir observer et interpréter l'état du ciel, le vol des oiseaux, l'attitude et l'appétit des poulets sacrés, les entrailles des victimes, etc. Le magistrat, procédant à un acte d'intérêt public, avait habituellement avec lui un augure ; toutefois le magistrat lui-même pouvait interroger les dieux et faire connaître s'ils étaient favorables ou contraires (3). Encore du temps de Cicéron, le droit de prendre les auspices pour une affaire d'intérêt public était considéré comme appartenant exclusivement aux sénateurs, qui seulement en déléguaient l'exercice à tout magistrat patricien (4). De plus, pendant longtemps, les augures n'ont pu être choisis que dans la caste patricienne. Il est parfaitement certain que, si la masse du peuple avait foi dans les auspices, ils n'étaient employés par les patriciens que comme un moyen d'assurer leur prépondérance dans l'État : cela résulte notamment du témoignage très-explicite de Cicéron (5).

(1) *De republ.*, II, 9. Denys d'Halicarnasse (II, 22) dit également que sous Romulus il y avait un augure pour chaque tribu. Cependant Niebuhr et après lui M. Walter (liv. I, ch. 18, p. 225) pensent que dès l'origine il a dû y avoir quatre augures.

(2) Tite-Live, I, 36.

(3) Comp. Cicéron, *De divinat.* (II, 34), et Tite-Live (VIII, 23).

(4) *Dùm unus erit patricius magistratus*, dit Cicéron (*epist.* 5 *ad Brutum*), *auspicia ad patres redire non possunt.*

(5) Le curieux traité *De divinatione*, que Cicéron composa étant augure, a pour objet de prouver qu'on ne doit pas ajouter foi aux auspices. *Fulmen sinistrum*, est-il dit au n° 35 du livre II, *auspicium optimum habemus ad omnes res, præterquàm ad comitia* : *quod quidem institutum reipublicæ causâ est, ut comitiorum... principes civitatis essent interpretes.* Et un peu plus loin : *Quis negat augurum disciplinam esse? divinationem nego.* — De ce passage de Cicéron, il faut rapprocher les paroles suivantes que Tite-Live (VI, 41) met dans la bouche du patricien Claudius Crassus : « *Quid aliud quàm tollit ex civitate aus-*

Enfin comment votait-on dans les comices par curies? Chacune des trente curies avait une voix, et la décision prise par la majorité des curies n'avait plus besoin, pour obtenir force de loi, que d'être ratifiée par le Sénat (1). Maintenant, dans chaque curie, quel était le procédé suivant lequel on obtenait le vote de cette curie? Je n'admets pas, avec Niebuhr, que chacune des *gentes* composant la curie eût une voix; je crois que l'on votait *per capita* (2). Mais très-probablement les clients, aussi bien que les esclaves, étaient incapables de voter.

Après avoir parlé du roi, du Sénat et des comices par curies, il reste à dire un mot des principaux magistrats.

Immédiatement après le roi venait le *tribunus celerum: Veluti secundum locum a regibus obtinebat*, dit Pomponius (3). Suivant Denys d'Halicarnasse (II, 13), Romulus, voulant avoir une garde royale, *trecentos viros illustrissimarum familiarun, corpore robustissimos, elegit, quos curiæ designaverant* (*eodem modo quo Senatores*), *unaquæque curia decem juvenes. Illis autem omnibus commune nomen fuit, ut etiam nunc est in usu, Celeres... His dux erat maximè insignis, cui tres centuriones parebant, et illis alii qui minores præturas gerebant* (4). Il paraît qu'en cas de nécessité le tribun des Célères pouvait convoquer les comices (5).

picia qui, plebeios consules creando, a Patribus, qui soli habere ea possunt, aufert?... Quid est si pulli non pascentur? si ex caveâ tardiùs exierint? Si occinuerit avis? Parva sunt hæc; sed, parva ista non contemnendo, majores nostri maximam hanc rem fecerunt. »

« C'était, à la vérité, dit Montesquieu, une chose très-extravagante de faire dépendre le salut de la république de l'appétit sacré d'un poulet et de la disposition des entrailles des victimes;... mais il fallait des cérémonies qui pussent entretenir la superstition des uns et entrer dans la politique des autres. »

(1) *Suffragia ferebat non simul totus populus, sed per curias convocatus; quod verò plures curiæ comprobâssent, id ad senatum referebatur* (Denys d'Halicarnasse, II, 14).

(2) En effet, Tite-Live, parlant de l'innovation de Servius Tullius (*comitia centuriata*), s'exprime ainsi : « *Non, ut ab Romulo traditum cæteri servaverant reges, viritim suffragium eâdem vi eodemque jure promiscuè omnibus datum est...* » (I, 43).

(3) L. 2 § 15, D., *De orig. juris* (I, 2). Voy. aussi le § 19.

(4) Niebuhr, qui prend le mot *Celeres* comme synonyme de *patricii*, prétend qu'il y avait, non pas un seul *tribunus celerum*, mais trois tribuns commandant chacun l'une des anciennes tribus.

(5) C'est du moins ce qui eut lieu, au récit de Tite-Live, après l'attentat de

J'ai déjà parlé (1) du *custos urbis*, appelé plus tard *præfectus urbi*. C'était le premier sénateur, de qui la nomination appartenait au roi. Il remplaçait le roi quand celui-ci était obligé de sortir de Rome : « *Profectis domo regibus*, dit Tacite (*Annales*, VI, 11), *ne urbs sine imperio foret, in tempus deligebatur qui jus redderet ac subitis mederetur.*» Tite-Live raconte que Brutus, quittant Rome pour rejoindre l'armée, *imperium in Urbe Lucretio*, *præfecto urbi jam antè a rege instituto, reliquit;* et, un peu plus loin, il nous montre ce même préfet de la ville convoquant les comices qui nommèrent les deux premiers consuls.

Le roi avait à sa disposition les revenus publics; il nommait deux questeurs, qui gardaient chez eux les deniers de l'Etat (2). — Pour la poursuite des crimes, il y avait aussi deux *quæstores parricidii*, qui étaient désignés par le roi, et confirmés par le peuple (3). Niebuhr confond avec ces *quæstores parricidii* les *duumviri perduellionis*; mais ceux-ci étaient des juges (4). Comme le dit M. Walter, « lorsqu'un homme, en commettant un crime, avait violé la paix « publique, et, de même qu'un ennemi, avait mérité la mort, si le « roi ne voulait pas le juger lui-même, pour cette affaire il faisait « nommer par le peuple deux juges; du reste, on pouvait appeler « de la décision de ces juges aux comices » (5).

J'ai cherché à donner une idée de la constitution du peuple romain à son origine. Il reste maintenant, pour terminer ce que j'ai à dire de la première époque, à étudier trois événements par lesquels cette constitution a été profondément modifiée. Je veux parler des réformes de Servius Tullius, de l'expulsion des Tarquins

Sextus Tarquin : *Præco ad tribunum celerum, in quo tùm magistratu fortè Brutus erat, populum advocavit* (I, 59). Voy. aussi Denys d'Halicarnasse, IV, 71 et 75.

(1) Ci-dessus, p. 28.

(2) *Quæstores, regibus etiam tùm imperantibus, instituti sunt* (Tacite, *Annales* XI, 22).

(3) Voy. Ulpien, L. un., D., *De officio quæst.* (1, 13).—PARRICI QUÆSTORES *appellabantur*, dit Festus, *qui solebant creari causâ rerum capitalium quærendarum.*

(4) Voy. ci-dessus, p. 28, note 1.

(5) *Gesch. des röm. Rechts*, liv. I, n. 11.

et de la suppression de la royauté, enfin de la promulgation de la Loi des Douze-Tables.

I. *Réformes de Servius Tullius.* — Il paraît que Tarquin l'Ancien avait voulu ajouter trois nouvelles tribus aux trois anciennes, mais qu'il en fut empêché par l'augure Attus Navius (1). Tarquin dut alors se contenter de doubler le nombre des chevaliers (2). Des réformes bien autrement considérables furent réalisées par Servius Tullius. Le texte le plus important que nous trouvions à cet égard dans les écrivains de Rome est un passage de Tite-Live (liv. I, n° 43) : on peut dire que celui qui comprend bien ce passage connaît par là même les innovations de Servius Tullius, et, s'il m'arrive quelquefois d'invoquer d'autres sources, ce sera toujours très-subsidiairement.

Comme nous l'avons vu, le territoire romain avait été réparti entre les trois tribus primitives, chacune ayant ainsi son cantonnement particulier. Servius Tullius divisa la ville en quatre régions ou tribus locales ; et cette division se rattachait sans doute à la perception du tribut, qui fut organisée par le même roi Servius Tullius : « *Quadrifariam urbe divisâ regionibus collibusque, quæ habitabantur partes,* TRIBUS *eas appellavit; ut ego arbitror, ab tributo : nàm ejus quoque æqualiter ex censu conferendi ab eodem inita ratio est* » (3). Quant au territoire environnant, que les Romains s'étaient successivement approprié, il paraît, suivant ce que rapporte Denys d'Halicarnasse (IV, 15), que Servius Tullius le divisa en vingt-six régions (4). Tous les citoyens compris dans chacune de ces trente tribus sont portés sur une liste indiquant d'une manière précise leur nom, leur domicile, leurs possessions; le *curator tribûs*

(1) Voy. Festus, v° NAVIA, et Denys d'Halicarnasse, III, 71 et 72. Le mot grec φυλὰς, que Reiske traduit en latin par *centurias*, doit être traduit par *tribus*.

(2) D'après Tite-Live, I, 36, le nombre des chevaliers fut ainsi porté à 1800. Sur l'opposition apparente de ce passage de Tite-Live avec Cicéron, *De republ.*, II, 20, voy. M. Walter (*op. cit.*, liv. I, § 27, note 27).

(3) Tite-Live ne nous donne pas les noms de ces tribus locales; on les appelait *Suburana, Palatina, Exquilina, Collina*. Voy. Festus, v° *Urbanos ;* Denys d'Halicarnasse, IV, 14, et Varron, *De linguâ lat.*, V, 56.

(4) Quelque temps après Servius Tullius, nous trouvons un nombre moindre, puis un nombre plus élevé. Pour la deuxième moitié du IIIe siècle, Tite-Live (II, 21) et Denys d'Halicarnasse (VII, 64) nous parlent de vingt et une tribus.

ou *magister pagi* était préposé à la confection de cette liste. Il est probable que les quatre tribus urbaines comprenaient ceux qui ne possédaient point d'immeubles, notamment les affranchis (1). A l'origine, comme le dit Tite-Live (n° 43 *in fine*), l'établissement de ces tribus locales est absolument étranger au système des centuries et à l'organisation des comices; plus tard, nous le verrons, il en fut tout autrement.

J'arrive à l'institution la plus considérable de Servius Tullius, à l'institution du cens : *Censum instituit,* dit Tite-Live (I, 42), *rem saluberrimam tanto futuro imperio : ex quo belli pacisque munia non viritìm, ut antè, sed pro habitu pecuniarum fierent.* » Servius Tullius ordonna que chaque citoyen viendrait déclarer sous la foi du serment la valeur de ses biens; et, comme le dit encore Tite-Live (I, 44), il hâta la consommation de ce recensement *metu legis de incensis latæ cum vinculorum minis mortisque,* en portant une loi sévère contre ceux qui ne feraient pas la déclaration prescrite (2). Une fois connue la fortune de chacun, Servius Tullius établit cinq classes, dans lesquelles il fit entrer les citoyens précisément d'après le chiffre de leur fortune. Ainsi, appartiennent à la première classe ceux qui ont au moins 100,000 as, *qui centum millium æris aut maiorem censum habent;* à la seconde, ceux qui ont au moins 75,000 as; à la troisième, ceux qui ont au moins 50,000 as; à la quatrième, ceux qui ont au moins 25,000 as; enfin à la cinquième, ceux qui ont au moins 11,000 as. Tels sont les chiffres donnés par Tite-Live (3). Il est douteux que ce soient là réellement les chiffres originaires, les chiffres fixés par Servius Tullius (4). Quoi qu'il en soit, ce classement des citoyens romains servait de base soit à l'organisation militaire, soit à l'organisation des comices.

D'abord il servait de base à l'organisation militaire. En effet,

(1) Voy. Denys d'Halicarnasse, IV, 22.

(2) Comp. Denys d'Halicarnasse, IV, 15 *in fine.*

(3) Denys d'Halicarnasse (IV, 16 et 17) est d'accord avec Tite-Live, sauf que pour la cinquième classe il exige 12,500 as.

(4) Suivant la conjecture de Böckh, admise par M. Walter (liv. I, chap. IV, n° 29), les chiffres originaires auraient été 20,000 as, 15,000 as, 10,000 as, 5,000 as et 2,000 as; puis, au VIe siècle, chacun de ces chiffres aurait été multiplié par 5. A une époque ultérieure, Pline le naturaliste parle de 110,000 as pour la première classe, et Aulu-Gelle de 125,000.

tous les citoyens inscrits dans les classes étaient appelés à combattre l'ennemi, tandis que les autres, *immunes omni tributo*, étaient aussi *immunes militiâ*. De plus, parmi les premiers l'armement était différent suivant la classe à laquelle ils appartenaient : ainsi, par exemple, ceux de la cinquième classe n'étaient armés que de pierres et de frondes. Enfin chaque classe se subdivisait en un certain nombre de centuries : la moitié des centuries d'une classe comprenait les *juniores*, c'est-à-dire les citoyens qui ont au moins seize ans et au plus quarante-cinq, et l'autre moitié les *seniores*, c'est-à-dire les citoyens qui ont plus de quarante-cinq ans (1) : les centuries de *juniores* allaient combattre hors de Rome, les centuries de *seniores* étaient employées à la garde et à la défense de la ville.

J'ai dit que le même classement servait de base à l'organisation des comices, et c'est surtout à ce point de vue que le jurisconsulte y trouve un sujet d'étude très-intéressant. Chaque classe ne se composait pas d'un nombre uniforme de centuries; et celle qui en contenait le plus grand nombre devait par là même jouer un rôle prépondérant dans les comices, chaque centurie ayant une voix. La première classe contenait quatre-vingt-dix-huit centuries (2); la seconde, la troisième et la quatrième classe contenaient chacune vingt centuries; la cinquième en contenait trente. Avec la multitude des citoyens de qui la fortune était au-dessous du *minimum* exigé pour la cinquième classe, on avait formé une seule centurie, laquelle, comme nous l'avons déjà dit, était *immunis omni tributo et militiâ*. Enfin, à côté des classes et indépendamment du cens, avaient été constituées deux centuries d'ouvriers (armuriers et charpentiers) et deux centuries de musiciens (*cornicines et tubicines*). Nous avons, ainsi, et c'est ce que dit positivement Denys d'Halicarnasse (IV, 18), un total de cent quatre-vingt-treize centuries (3). — Il paraît certain que les fils de famille, qui n'ont point

(1) Voy. Aulu-Gelle, *Nuits attiques* (X, 28).

(2) En y comprenant dix-huit centuries de chevaliers, *ex primoribus civitatis*, au lieu de trois qu'avait instituées Romulus.

(3) Tite-Live parle encore d'une centurie d'*accensi*, comme étant adjointe à la cinquième classe; mais probablement cette centurie est la même que Tite-Live nous représente comme tirée de la multitude qui ne pouvait pas entrer

de patrimoine à eux, pouvaient néanmoins être compris dans les classes : c'est d'après l'importance du patrimoine de leur père qu'ils étaient inscrits dans telle classe ou dans telle autre (1). Pour figurer dans les centuries, il fallait être en âge de porter les armes, c'est-à-dire être pubère, et c'est aussi ce qu'attestent un passage de Tite-Live (I, 44) et plusieurs passages de Denys d'Halicarnasse : ainsi ni les impubères, ni les femmes, même ayant un patrimoine, ne sont inscrits dans les classes. Il en est de même des affranchis (2).

Il est bien facile d'apercevoir le but que Servius Tullius voulait atteindre en constituant ce système de classes et de centuries :

Il veut d'abord que dans les délibérations la voix des hommes mûrs pèse plus que celle des jeunes gens : voilà pourquoi dans chaque classe il y a un nombre égal de *centuriæ seniores* et de *centuriæ juniores*. En effet, les hommes de seize ou dix-sept ans jusqu'à quarante-cinq sont certainement plus nombreux que les hommes qui ont dépassé quarante-cinq ans; et pourtant dans chaque classe le nombre de voix accordé aux premiers ne sera pas supérieur au nombre de voix accordé aux derniers.

Mais Servius Tullius veut surtout que la prépondérance dans les délibérations soit attachée à la fortune. Les 98 centuries de la première classe comprennent nécessairement un assez petit nombre de citoyens; et cependant, quand elles sont d'accord, à elles seules ces centuries forment majorité, et il n'y a même pas besoin de consulter les centuries des autres classes. « *Gradus facti*, dit Tite-

dans la cinquième classe. Suivant la conjecture de Niebuhr, les *accensi velati* étaient les citoyens dont la fortune, inférieure à 11,000 as, était au moins de 1,500 : ils pouvaient suivre l'armée et combattre avec les armes de ceux qui avaient succombé (Festus, v[is] *adscriptitii*, *accensi*, *velati*). On voit dans les *Nuits attiques* d'Aulu-Gelle (XVI, 10) que ceux qui avaient de 1,500 à 375 as étaient appelés *proletarii*, et ceux qui n'en avaient pas 375, *capite censi*. Les citoyens inscrits dans les classes, ou plus exactement ceux qui pouvaient être soumis au paiement du tribut, portaient la dénomination générale de *assidui*.

Cicéron (*De republ.*, II, 22) ne donne pas exactement le même nombre de centuries que nous trouvons indiqué par Tite-Live et par Denys d'Halicarnasse.

(1) Voy. Tite-Live (XXIV, 11). — Il y a là une application de ce que dit Gaius (Comment. II, § 157) : *Sui heredes ideò appellantur quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur.*

(2) Tite-Live indique deux circonstances dans lesquelles, sous l'empire de la nécessité, *libertini centuriati sunt, in verba juraverunt* (X, 21 ; XXII, 11).

Live, *ut neque exclusus quisquam suffragio videretur, et vis omnis penès primores civitatis esset. Equites enim vocabantur primi, octoginta indè primæ classis centuriæ : ibi si variaret, quod raró incidebat, ut secundæ classis vocarentur; nec ferè unquàm infrà ità descenderent ut ad infimos pervenirent.*» Même appréciation dans Cicéron : « Servius Tullius, dit-il, distribua les citoyens de telle sorte *ut suffragia non in multitudinis, sed in locupletium, potestate essent; curavitque, quod semper in republicâ tenendum est, ne plurimùm valeant plurimi.* » Et, un peu plus loin, en parlant des centuries non comprises dans la première classe : « *Illarum in unâ centuriâ tùm quidem plures censebantur quàm penè in primâ classe totâ. Ità nec prohibebatur quisquam jure suffragii; et is valebat in suffragio plurimùm, cujus plurimùm intererat esse in optimo statu civitatem* » (*De republ.*, II, 22.)

Les droits qu'exerçaient autrefois les comices par curies furent transportés aux comices par centuries. « Servius Tullius, dit Denys d'Halicarnasse (IV, 20), *quoties magistratus creare, aut de lege cognoscere, aut bellum alicui inferre volebat, pro curiatis comitiis centuriata indicebat.* » Toutefois, les comices par curies ne furent pas supprimés, non plus que les entraves apportées à la puissance de l'assemblée populaire. Ainsi, s'agissait-il de faire une loi nouvelle : le droit d'initiative appartenait proprement au Sénat, qui l'exerçait dans la forme d'un sénatusconsulte (1). S'agissait-il de nommer le roi : les votes ne pouvaient se porter que sur la personne désignée par l'*interrex* (2). Enfin les comices par curies doivent, sur la

(1) Voici les paroles que Denys d'Halicarnasse (VII, 38) met dans la bouche du consul Minucius, lorsque les tribuns voulaient faire juger Coriolan par le peuple : « *Potestis et vos ipsi esse testes, ex quo hæc urbs a majoribus nostris est condita, semper hunc honorem Senatui habitum, et nunquàm populum de ullâ re absque præeunte senatusconsulto judicâsse, neque quidquam suis suffragiis decrevisse, non solùm nunc, sed ne sub regibus quidem.* » Et, de même, le tribun Lucius s'adressant aux sénateurs (VII, 41) : « *De quibus rebus*, dit-il, *nullæ exstant leges latæ, in illis locus est vestris senatusconsultis et populi suffragiis; quibus verò in rebus præsto est lex inviolabilis, etiamsi vos nullum feceritis senatusconsultum, hâc lege est utendum.* »

(2) De même pour la nomination des consuls : « *Interrex, qui a me creatus fuerit*, dit Brutus, *centuriatis comitiis nominet magistratus qui imperium sunt habituri, et populum ad suffragia de illis ferenda vocet* » (Denys d'Halicarnasse, IV, 75).

proposition du Sénat et après qu'on a pris les auspices, ratifier la lói votée par les centuries ou investir de l'*imperium* le magistrat qui a obtenu leurs suffrages. De tout cela il résulte clairement que les patriciens ont toujours en réalité une influence prépondérante dans les affaires de l'Etat. Même sur le vote des comices par centuries ils exercent une action considérable. En effet, d'abord ces comices ne pouvaient pas se tenir les jours de marché, c'est-à-dire les jours où les paysans plébéiens affluaient à Rome (1). Les autres jours, les patriciens, au moyen de leurs nombreux clients, pouvaient facilement former la majorité dans les comices par centuries (2). Ajoutez que le magistrat patricien qui présidait l'assemblée pouvait la renvoyer à un autre jour, sous prétexte que les auspices n'étaient pas favorables; et que le collége des augures, composé de patriciens, avait même le droit d'annuler une décision des comices en disant que les auspices n'avaient pas été pris régulièrement (3).

Nous verrons que, longtemps après Servius Tullius, certains actes civils, tels que le testament et l'adrogation, exigeaient encore l'intervention des comices par curies.

Les comices par curies se tenaient dans l'intérieur de Rome, au pied du Capitole, dans le *comitium* (4). Au contraire les comices par centuries se tiennent au Champ de Mars (5).

(1) Macrobe, *Saturnales*, liv. I, chap. 16 : « *Julius Cæsar negat nundinis concionem advocari posse, id est cum populo agi : ideòque nundinis Romanorum haberi comitia non posse. Cornelius etiam Labeo nundinis ferias esse pronunciat... Sed lege Hortensiâ effectum ut fastæ essent, uti rustici, qui nundinandi causâ in urbem veniebant, lites componerent.* »

(2) C'est ce qui résulte d'un passage curieux de Tite-Live (II, 56). Il s'agissait de savoir si les tribuns du peuple devaient être élus dans les comices par centuries ou dans les comices par tribus : « Le tribun Voléron, dit Tite-Live, *rogationem tulit ad populum ut plebeii magistratus tributis comitiis fierent. Haud parva res, sub titulo primâ specie minimè atroci, ferebatur; sed quæ patriciis omnem potestatem, per clientium suffragia, creandi quos vellent tribunos, auferret.* »

(3) Voy. ci-dessus, p. 30. Comp. Tite-Live, IV, 7.

(4) Comitium, dit Varron (*De linguâ lat.*, V, 155), *ab eo quòd coibant eò, comitiis curiatis et litium causâ.*

(5) « *Centuriata comitia*, dit Lélius Félix (Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XV, 27), *intrà pomœrium fieri nefas esse, quia exercitum extrà urbem imperari oporteat, intrà urbem imperari jus non sit : propterèa centuriata in campo Martio habe-*

II. *Abolition de la royauté ; fondation de la république.* — La royauté fut abolie l'an 245 de la fondation de Rome. A la place du roi, qui était nommé à vie, furent établis deux consuls, de qui les fonctions ne duraient qu'un an. Du reste, au fond la constitution politique de l'État romain ne fut guère modifiée. Il arriva, comme le remarque Cicéron (*De republ.*, II, 32), *ut in populo libero pauca per populum, pleraque senatûs auctoritate, et instituto ac more, gererentur; atque uti consules potestatem haberent tempore duntaxat annuam, genere ipso ac jure regiam* (1).

Suivant Pomponius, les lois royales, qui avaient été réunies par Papirius sous le nom de *jus civile Papirianum*, tombèrent en désuétude après l'abolition de la royauté (2). Quoi qu'il en soit, ces lois royales, c'est-à-dire votées dans les comices sur la proposition du roi, ne doivent pas avoir été bien nombreuses : car, comme le dit Pomponius lui-même, le peuple romain à son origine *incerto magis jure et consuetudine alebatur quàm per latam legem.* Nous voyons, d'ailleurs, que Tarquin le Superbe avait abrogé les lois rendues sous le règne de Servius Tullius (3).

Parmi les conséquences immédiates qu'amena la substitution de la république à la royauté, la plus importante est sans doute la

ri...» — Qu'était-ce précisément que le *pomœrium?* « *Pomœrium*, dit Tite-Live (I, 44), *verbi vim solam intuentes, postmœrium interpretantur esse. Est autem magis circà murum locus quem in condendis urbibus quondàm Etrusci, quo murum ducturi erant, certis circà terminis inauguratò consecrabant : ut neque interiore parte ædificia mœnibus continuarentur, quæ nunc vulgò etiam conjungunt, et extrinsecùs puri aliquid ab humano cultu pateret soli..»* Comp. Varron, V, 143, et Aulu-Gelle, XIII, 14.

(1) La même pensée est exprimée par Tite-Live (II, 1) : *Omnia jura, omnia insignia, primi consules tenuêre.* Comp. Cicéron (*De legibus*, III, 3).

(2) Voy. L. 2, §§ 2, 3 et 36, D., *De orig. jur.* (I, 2). *Exactis regibus, lege Tribunicià, omnes leges hæ exoleverunt*, cette phrase, à mon sens, doit se traduire ainsi : «Après que la royauté eut été abolie par la loi Tribunicia, les lois royales tombèrent en désuétude. » Cette loi Tribunicia serait la loi proposée par Brutus, *tribunus celerum*, pour instituer les deux premiers consuls; je ne crois pas qu'il faille la confondre avec la *lex Tribunicia prima* dont parle Festus (v° *Sacer mons*), c'est-à-dire avec la première loi votée sur la proposition des tribuns du peuple. Il paraîtrait, d'après le témoignage de Denys d'Halicarnasse (III, 36), que c'est seulement dans les premiers temps de la république que Papirius composa son recueil. Du reste, ce Papirius est appelé par Pomponius tantôt Sextus, tantôt Publius, et Denys l'appelle Caius.

(3) Denys d'Halicarnasse, V, 2.

garantie donnée à la liberté individuelle par les lois que porta le consul Valerius Publicola. Pomponius (1) dit, en parlant des consuls : « *Ne per omnia regiam potestatem sibi vindicarent, lege latâ factum est ut ab eis provocatio esset, neve possent in caput civis romani animadvertere injussu populi ; solùm relictum est iis ut coercere possent et in vincula publica duci juberent.* » Le pouvoir suprême en fait de juridiction criminelle appartient donc au peuple, c'est-à-dire aux comices par curies jusqu'à la loi des Douze-Tables, et aux comices par centuries depuis cette loi ; le magistrat qui ferait mettre à mort un condamné ou qui le ferait fouetter de verges avant que le peuple n'eût statué sur sa *provocatio*, pourrait être tué impunément (2).

Un seul magistrat pouvait rendre des arrêts contre lesquels aucune *provocatio* n'était admise : je veux parler du dictateur (3). On ne recourait à la nomination d'un dictateur que dans les cas extraordinaires, et il est assez probable que dès les premiers jours de la république une loi avait réglé d'avance comment il serait procédé à la nomination, et quel serait le pouvoir de ce magistrat. Tite-Live dit, en parlant de Lartius, qui le premier fut élevé à la dictature (4) : « *Consulares legêre : itâ lex jubebat, de dictatore creando lata.* » Ainsi le dictateur était désigné par les consulaires (anciens consuls) et probablement parmi eux ; du reste, sa nomination supposait, de plus, un sénatusconsulte et une loi curiate (5). Le dictateur n'était nommé que pour six mois ; mais il était investi d'un pouvoir absolu (6).

Au fond, il est bien certain que les plébéiens ne gagnèrent rien

(1) L. 2 § 16, D., *De orig. jur.* Voy. aussi le § 23.

(2) Voy. Cicéron, *De republ.* (II, 31), et Denys d'Halicarnasse (V, 70).

(3) Voy. Tite-Live, II, 18.

(4) Environ dix ans après la nomination des premiers consuls (Cic., *De republ.*, II, 32).

(5) Voy. notamment dans Tite-Live (V, 46) comment les choses se passèrent quand Camille fut rappelé de l'exil et nommé dictateur.

(6) Cicéron (*De legibus*, III, 3) rapporte une vieille loi, ainsi conçue : « *Quandò duellum gravius discordiæve civium escunt, unus, ne ampliùs sex menses, si Senatus creverit, idem juris quod duo consules teneto ; isque, ave sinistrâ dictus,* POPULI MAGISTER *esto. Equitemque qui regat habeto pari jure cum eo quicumque erit juris disceptator. Ast quandò is est* MAGISTER POPULI, *reliqui magistratus ne sunto.* » — Comp. Pomponius, L. 2 §§ 18 et 19, D., *De orig. jur.*

à la révolution qui mit deux consuls à la place d'un roi. Cette révolution fut l'œuvre des patriciens; elle laissa les plébéiens dans leur état d'infériorité civile et politique. Il est vrai que les consuls Brutus et Valerius, pour combler les vides que la politique de Tarquin et la réaction qui suivit sa chute avaient faits dans le Sénat, y introduisirent des plébéiens de manière à porter de nouveau à trois cents le nombre des sénateurs (1). Mais d'abord ces nouveaux sénateurs, appelés *conscripti*, avaient bien moins d'autorité que les anciens (2); et, d'ailleurs, ils durent oublier promptement leur origine plébéienne (3).

Pourtant, quelques années après l'expulsion des rois, prit naissance une institution qui sans contredit a, plus que toute autre cause, assuré le triomphe des plébéiens et de la démocratie. Je veux parler de l'institution du tribunat.

Sous le consulat de Virginius et de Vetusius, les plébéiens, exaspérés par la rigueur des créanciers et par la mauvaise foi du Sénat qui ne tenait pas après la victoire les promesses faites pour les décider à prendre les armes contre l'ennemi, les plébéiens sortirent de Rome et se retirèrent sur une colline au-delà de l'Anio, colline qui depuis fut appelée le *mont Sacré*. Le Sénat finit par leur envoyer en ambassade Menenius Agrippa. Les plébéiens mirent à leur rentrée dans Rome une condition en apparence bien modeste : *ut plebi sui magistratus essent sacrosancti, quibus auxilii latio adversùs consules esset, neve cui patrum capere eum magistratum liceret* (4). Cette condition ayant été acceptée, la paix fut conclue, l'an 261 de la fondation de Rome. En conséquence, cinq tribuns du

(1) Suivant Tite-Live (II, 1), *primores equestris gradùs lecti sunt*. Des 18 centuries de chevaliers, 12 étaient plébéiennes; ce sont elles qui auraient fourni les nouveaux sénateurs. Voy. aussi Festus, v° *Conscripti*. Denys d'Halicarnasse (V, 13) dit simplement qu'on choisit ἐκ των δημοτικων τους κρατιστευς.

(2) Il paraît bien résulter d'un passage de Denys d'Halicarnasse (VII, 47) que les *conscripti* ou *juniores* ne prenaient point part aux discussions, et qu'ils pouvaient seulement se rallier à l'une des opinions émises par les *patres* ou *seniores*. Comp. Aulu-Gelle, III, 18.

(3) Cependant Tite-Live, après avoir raconté comment fut complété le nombre de 300 sénateurs, ajoute (II, 1) : « *Id mirum quantùm profuit ad concordiam civitatis jungendosque patribus plebis animos.* »

(4) Tite-Live, II, 33.

peuple furent nommés pour un an, et une loi fut rendue qui vouait à la mort quiconque attenterait à la personne d'un tribun (1). Indépendamment de l'*auxilii latio*, c'est-à-dire du droit d'intervenir en faveur de ceux qui les appelaient à leur aide, il paraît que les tribuns avaient encore une certaine juridiction en matière de différends entre plébéiens. Dès l'an 297, les plébéiens obtinrent d'avoir dix tribuns (2). En même temps que les premiers tribuns, avaient été créés deux édiles plébéiens, *sacrosancti* comme les tribuns et chargés de les assister (3).

Autrefois, quand les plébéiens se trouvaient assemblés, c'était accidentellement, les jours de marché ; les tribuns prirent l'habitude de les convoquer régulièrement, par tribus, et de faire voter cette assemblée sur les résolutions qu'ils lui proposaient. C'est ainsi qu'il fut décidé que les patriciens pourraient être traduits par les tribuns du peuple devant l'assemblée plébéienne et jugés par elle (4) ; et les tribuns firent usage de ces droits même contre des consuls (5). De même, la loi Valeria fut modifiée en ce sens que le plébéien condamné à une peine pourrait en appeler à l'assemblée plébéienne (6). — Il importe de remarquer que, pour la tenue de cette assemblée plébéienne, il n'y avait pas besoin d'un sénatusconsulte, et qu'on n'y prenait pas les auspices (7).

Pendant plus de cinquante ans, les consuls seuls avaient eu le droit d'infliger une amende à celui qui leur manquait de respect ou qui refusait de leur obéir lorsqu'ils étaient dans l'exercice de leurs fonctions. Une loi votée dans les comices par centuries, vers

(1) Denys d'Halicarnasse (VI, 87-90). Comp. Festus, v[is] *Sacrosanctum, Sacratæ leges, Sacer mons.*

(2) *Tricesimo sexto anno a primis tribunis plebis, decem creati sunt, bini ex singulis classibus* (Tite-Live, III, 30).

(3) *Tribunis ministrabant ea omnia quibus indigebant....* (Denys d'Halicarnasse, VI, 90). Comp. Pomponius, L. 2 § 21, D., *De orig. jur.*

(4) *Senatus potestatem plebi dederat judicandi quoscumque de patriciis vellet* (Denys d'Halicarnasse, IX, 46).

(5) Voy. notamment Tite-Live, II, 52.

(6) Voy. les textes cités par M. Walter, Liv. I, § 43, note 32. Comp., ci-dessus, p. 40.

(7) Cela est clairement exprimé par Denys d'Halicarnasse : *Tributa comitia*, dit-il (IX, 41), *sine senatusconsulto atque sine sacrificiis, nullisque avibus addicentibus, uno die a tribulibus peragebantur.* Il y revient encore un peu plus loin (IX, 49).

l'an 300 de la fondation de Rome, décida que ce droit appartiendrait désormais à tous les magistrats, par conséquent aux tribuns du peuple, et fixa le *maximum* de l'amende à deux bœufs et trente brebis (1).

III. *Loi des Douze-Tables.* — Les plébéiens avaient obtenu l'institution de magistrats chargés de les défendre et le droit de se réunir dans des comices pour délibérer en commun sur leurs intérêts et même pour prononcer des condamnations contre les citoyens qui leur étaient dénoncés par les tribuns. Une chose les préoccupait encore, l'incertitude de leur condition politique et civile, incertitude d'où résultait pour les magistrats patriciens un pouvoir véritablement arbitraire. En conséquence, l'an 292 de la fondation de Rome, le tribun Terentillus Arsa demande *ut quinque viri creentur legibus de imperio consulari scribendis.* « Il faut, disait-il, que les consuls appliquent des règles posées par le peuple lui-même : alors ils n'auront plus pour loi unique leurs caprices et leurs passions. » L'année suivante, la même proposition est de nouveau présentée (2). Cette proposition n'aboutit pas : les patriciens firent remarquer avec raison que pour un tel objet il fallait une loi proprement dite, présentée au nom du Sénat (3). Les tribuns changèrent alors de tactique : *tribuni lenius agere cum Patribus.* « Mettons enfin, disaient-ils au Sénat, mettons un terme aux discordes civiles : si les lois plébéiennes vous déplaisent, permettez au moins que des législateurs (4) soient créés *et ex plebe et ex patribus, qui utrisque utilia ferrent quæque æquandæ libertatis essent.* » Au fond, le Sénat ne repoussa point cette nouvelle proposition ; il tenait seulement à ce que tous les commissaires fussent patriciens (5), et sur ce point il finit par obtenir gain de cause. Il fut décidé, en conséquence, que des décemvirs seraient créés *sine provocatione*, c'est-à-dire sans possibilité de se pourvoir contre leurs décisions, et que

(1) Voy. Denys d'Halicarnasse (X, 50), et Cicéron (*De republ.*, II, 35).
(2) Voyez Tite-Live, III, 9 et 10.
(3) Denys d'Halicarnasse, X, 4.
(4) Ou plutôt des *commissaires*. Le mot latin *legislator* désigne propremen celui qui prépare et propose une loi.
(5) Voy. Tite-Live, III, 31.

toutes les magistratures seraient suspendues (1), de telle sorte que le collége des décemvirs fut investi pour une année d'un pouvoir absolu. « L'an 301 de la fondation de Rome, dit Tite-Live (III, 33), la forme de la constitution fut de nouveau changée, *ab Consulibus ad Decemviros, quemadmodùm ab Regibus antè ad Consules venerat, translato imperio.* »

Les décemvirs nommés dans les comices par centuries usèrent de leur pouvoir avec modération. Quand leur travail fut terminé, il fut gravé sur dix tables et soumis à l'assemblée du peuple; les citoyens furent même invités tout d'abord à proposer les corrections qui leur paraîtraient convenables. « Le peuple romain, disent les décemvirs, aura ainsi des lois *quas consensus omnium non jussisse latas magis quàm tulisse videri posset* » (2).

L'année pour laquelle les décemvirs avaient été nommés allant expirer, et leur travail ne paraissant pas complet, il fut procédé à l'élection de nouveaux décemvirs. Un seul de ceux qui composaient la première commission, Appius Claudius, fut appelé à faire partie de la deuxième; de plus, s'il faut en croire Denys d'Halicarnasse (X, 58), trois plébéiens seraient entrés dans cette deuxième commission. Les nouveaux décemvirs présentèrent et firent voter deux tables supplémentaires. Ils essayèrent de retenir l'autorité qu'ils n'avaient reçue que pour un an; mais le peuple se souleva contre eux et rétablit ses anciennes magistratures (3).

D'après le témoignage de plusieurs auteurs anciens (4), avant de nommer les décemvirs on aurait chargé trois députés d'aller en

(1) Tite-Live, III, 32.

(2) Tite-Live, III, 34. —*Decemviri*, dit de même Denys d'Halicarnasse (X, 57), *leges conscriptas in decem tabulis cuilibet cognoscendas proposuerunt, omnium privatorum correctionem admittentes... Nemine ampliùs eas leges reprehendente, senatusconsultum de ipsis fecerunt; deindè, populo ad comitia centuriata convocato, pontificibus, auguribus aliisque sacerdotibus præsentibus, et re divinâ ex eorum præscripto de more factâ, centurias in suffragia miserunt. Leges autem plebiscito quoque confirmatas, et in æreis columnis incisas, in loco fori maximè conspicuo ordine dispositas proposuerunt.*

(3) Les excès et la chute des décemvirs sont admirablement racontés par Tite-Live (III, 35 et suiv.). Voy. aussi Denys d'Halicarnasse (XI, 1 et suiv.), et Pomponius, L. 2 § 24, D., *De orig. jur.*

(4) Voy. Tite-Live (III, 31, 32 et 33), Denys d'Halicarnasse (X, 51 et suiv.), Pomponius (L. 2 § 4, D., *De orig. jur.*).

Grèce recueillir les lois de Solon; au retour de ces députés, un certain Hermodore d'Ephèse, qui vivait en exil à Rome, aurait expliqué aux Romains les lois attiques (1) : alors seulement les décemvirs auraient été nommés, et parmi eux les trois députés précédemment envoyés en Grèce. Le fait de cette ambassade en Grèce est très-douteux : il n'est point mentionné par les auteurs grecs. En tout cas, les décemvirs ont certainement emprunté bien peu de chose aux lois de Solon (2); c'est ce que Denys d'Halicarnasse indique lui-même quand il dit (XI, 44 *in fine*) que la loi des Douze-Tables l'emporte de beaucoup sur les lois grecques (3).

Le texte même de la loi des Douze-Tables ne nous est point parvenu; quelques dispositions seulement nous ont été conservées par des écrivains latins, et je me bornerai ici à en citer deux sur lesquelles je n'aurai pas occasion de revenir. J'en indiquerai une troisième, qui, si elle ne se trouve pas dans la loi même, fut du moins appliquée immédiatement après la chute des décemvirs.

La loi des Douze-Tables défend de statuer *de capite civis romani*, sur une accusation capitale concernant un citoyen romain, *nisi maximo comitiatu*, c'est-à-dire *comitiis centuriatis* (4). On voit que sous ce rapport les plébéiens sont mis exactement sur la même ligne que les patriciens. Il appartient aussi aux comices par centuries de connaître de l'appel que peut interjeter tout citoyen condamné à une peine (5). Les comices par centuries avaient été considérés comme présentant plus de garanties d'une bonne décision que les comices par tribus : « *descriptus populus censu, ordinibus,*

(1) C'est sans doute du même Hermodore que Cicéron parle dans ses *Tusculanes*, Liv. V, n° 36.

(2) Dans ce qui nous est parvenu du commentaire de Gaius sur la loi des Douze-Tables, deux dispositions seulement de cette loi nous sont présentées comme ayant été extraites *ex lege Solonis* : voy. L. 13, D., *Fin. regund.* (10, 1), et L. 4 *De collegiis* (47, 22). Comp. Cicéron, *De legibus* (II, 23 et 25).

(3) Le même Denys d'Halicarnasse dit ailleurs (X, 57) que les décemvirs composèrent leurs lois *tùm ex Græcorum jure, tùm ex suis moribus non scriptis.*

Sur le récit de Tite-Live, de Denys d'Halicarnasse et de Pomponius, voy. un curieux chapitre de Vico que M. Giraud a reproduit dans son *Histoire du droit romain*, p. 62 et suiv.

(4) Voy. Cicéron, *De legibus*, III, 19; *De republ.*, II, 36.

(5) Cicéron, *De republ.*, II, 31.

ætatibus, plus adhibet ad suffragium consilii quàm fusè in tribus convocatus. » C'est Cicéron qui parle ainsi.

La loi des Douze-Tables décide qu'il y aura égalité de condition pour les populations établies sur le territoire voisin de Rome, sans distinguer entre celles qui sont toujours restées fidèles aux Romains et celles qui ont cherché à se séparer d'eux (1).

A l'origine, quand il y avait lieu de nommer des consuls, le Sénat désignait deux citoyens, et le peuple, dans les comices par centuries, ne pouvait voter que pour ceux qui lui étaient ainsi proposés (2). En l'année 273 de la fondation de Rome, il fut décidé que le Sénat ne désignerait désormais qu'un consul, et que l'autre serait librement choisi par le peuple (3). Il paraît certain que, depuis la loi des Douze-Tables, les deux consuls furent complétement laissés au choix des comices (4).

Par la loi des Douze-Tables furent posées des règles de droit certaines et dont chacun put prendre connaissance. Mais tout ce qui concerne le droit religieux, la détermination des jours fastes et des jours néfastes, les formes de procédure qui doivent être employées, tout cela resta le secret des patriciens. Ils s'emparèrent aussi de l'interprétation des lois, de telle sorte que les plébéiens demeurèrent étrangers à ce qui constitue proprement la science du jurisconsulte. Comme le dit Pomponius (5), *omnium legum et interpretandi scientia, et actiones, apud collegium Pontificum erant.* C'est seulement vers l'an 450 de la fondation de Rome que la forme des actions cessa d'être un mystère pour les citoyens : Appius Claudius l'ayant consignée par écrit, Flavius, son secrétaire, *subreptum librum populo tradidit* (6).

(1) SANATES *dicti sunt*, dit Festus, *qui suprà infràque Romam habitaverunt. Quod nomen his fuit, quia, cùm defuissent a Romanis, brevi post redierunt in amicitiam, quasi sanatâ mente : itaque in* XII *cautum est ut idem juris esset Sanatibus quod Forctibus, id est bonis et qui nunquàm defecerant a P. R.*

(2) Voy. Denys d'Halicarnasse, IV, 75 et 84.

(3) Voy. Denys d'Halicarnasse, IX, 1. A çela se réfèrent ces expressions de Tite-Live : *Patres Fabium consulem creant, Fabio collega Manlius datur* (II, 43); *Patres Claudium consulem faciunt, collega ei Quinctius datur* (II, 56).

(4) Voy. notamment les expressions dont se sert Denys d'Halicarnasse, XI, 45.

(5) L. 2 § 6, D., *De orig. jur.*

(6) Même L. 2 § 7. — Comp. Tite-Live, IX, 46.

La loi des Douze-Tables n'était certainement pas de nature à satisfaire complétement aux vœux du peuple : en elle-même, elle laissait beaucoup à désirer. De plus, son sort pouvait être compromis par les excès et par la chute des seconds décemvirs. Cependant la loi des Douze-Tables, publiée en 303 et 304, a duré, au moins nominalement, aussi longtemps que le peuple romain. Tite-Live, qui écrivait sous Auguste, dit, en parlant de cette loi : « *Nunc quoque, in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo, fons omnis publici privatique est juris* » (1) ; et, au IIe siècle de l'ère chrétienne, les jurisconsultes la prenaient encore pour objet de leurs commentaires. Il faut ajouter que d'assez bonne heure on cessa de consulter et d'appliquer le texte même de la loi des Douze-Tables. Ainsi s'explique que Cicéron, après avoir dit : « *Discebamus pueri* XII, *ut carmen necessarium*, » ajoute : « *quas jàm nemo discit* » (2). Et, dans les *Nuits attiques* d'Aulu-Gelle, un jurisconsulte, à qui l'on demande quel est le sens du mot *proletarius* employé dans la loi des Douze-Tables, répond : « *Ego dicere atque interpretari hoc deberem si jus Faunorum et Aboriginum didicissem...; studium scientiamque ego præstare debeo juris et legum, vocumque earum quibus utimur* » (3). Ailleurs, le jurisconsulte Cæcilius dit au philosophe Favorinus : « *Nec ideò contemnas legum istarum antiquitates quòd plerisque ipsis jàm populus romanus uti desiverit* » (4).

SECONDE PÉRIODE.

Pendant cette période, qui va de la loi des Douze-Tables jusqu'à l'établissement de l'Empire, nous voyons qu'un grand nombre de règles nouvelles sont consacrées comme règles de droit. Les sources d'où elles dérivent sont : la loi, le plébiscite, le sénatusconsulte, les édits des magistrats, les réponses des prudents, la coutume. Étudions successivement ces différentes sources du droit.

1° *La loi.* — Gaius définit la loi : *Quod populus jubet atque con-*

(1) Liv. III, n° 34.
(2) *De legibus*, II, 23.
(3) Liv. XVI, chap. 10.
(4) Liv. XX, chap. 1.

stituit (1). Justinien ajoute un caractère à cette définition : *Lex est*, dit-il, *quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat* (2).

Le peuple se réunit dans les comices par centuries, conformément à l'organisation de Servius Tullius. Mais, pour que la résolution prise dans ces comices ait force de loi, plusieurs conditions sont nécessaires. Il faut d'abord que le projet de loi soit porté aux comices en vertu d'une délibération du Sénat. Cette règle est encore suivie à la fin de la République : « *Cùm ego,* dit Cicéron (*oratio in Vatinium*, n° 15), *legem de ambitu ex senatusconsulto tulerim...* » (3).

Il faut ensuite que l'assemblée soit convoquée et dirigée par un magistrat compétent. Voici les paroles remarquables que Tite-Live met dans la bouche du consul dénonçant au peuple les dangers que les Bacchanales faisaient courir à la République : « *Majores vestri ne vos quidem, nisi cùm aut, vexillo in arce posito, comitiorum causâ exercitus eductus esset, aut aliquis ex magistratibus ad concionem vocâsset, fortè temerè coire voluerunt : ut, ubicumque multitudo esset, ibi et legitimum rectorem multitudinis censebant debere esse* » (XXXIX, 15). De même, dans Denys d'Halicarnasse : après que Brutus eut soulevé la ville de Rome contre les Tarquins, Valerius lui dit : « *Cæterùm de comitiis illud ex te scire velim, quisnam legitimè ea indicere et suffragia distribuere possit. Magistratûs enim hoc est officium; nemo verò nostrûm magistratum gerit.* » Et Brutus répond : « *Ego, Valeri. Sum enim Celerum tribunus, et concionis convocandæ, quotiescumque velim, potestas mihi per leges est data* » (IV, 71). — Comme le dit Justinien, le magistrat qui peut ainsi convoquer les comices par centuries pour leur soumettre un projet de loi est seulement un *magistratus senatorius* sous la République. Cela comprend, outre le Consul, le dictateur, le tribun militaire (4), le Pré-

(1) Comment. I, § 3.

(2) § 4, Inst., *De jure nat., gent. et civ.*

(3) Voy. aussi Denys d'Halicarnasse (VII, 59).

(4) En 310, comme les tribuns du peuple voulaient faire décider que le consulat serait accessible aux plébéiens, il fut admis qu'au lieu de consuls on pourrait nommer des tribuns militaires *promiscuè ex Patribus ac plebe*, lesquels seraient investis de la *consularis potestas*. Voy. Tite-Live (IV, 6 et 7).

teur, et peut-être le Censeur (1). Une fois votée par les comices, la loi prend le nom du magistrat qui les a convoqués pour la leur proposer.

Un projet de loi ne peut être soumis aux comices par centuries qu'en vertu d'un sénatusconsulte ; pendant longtemps il a été admis que le projet adopté par ces comices aurait encore besoin, pour acquérir force de loi, d'être sanctionné dans les comices par curies. Les comices par curies étaient une assemblée patricienne; et ainsi s'explique que la sanction dont il s'agit se trouve souvent désignée par l'expression *Patriciorum* ou *Patrum auctoritas* (2). Cette sanction cessa d'être effective, elle devint une pure forme, en 415 : en effet, l'une des trois lois que le dictateur Publilius fit adopter à cette époque portait *ut legum, quæ comitiis centuriatis ferrentur, antè initum suffragium Patres auctores fierent* (3). Ainsi les curies, les patriciens, devaient tout d'abord, avant qu'on ne pût connaître quel serait le résultat du vote, donner leur adhésion à la résolution qui allait être prise dans les comices par centuries; et la réunion même des curies, n'ayant plus en réalité d'objet, finit par tomber en désuétude (4). Aussi voyons-nous que, du temps de

(1) En 311, le recensement des citoyens et la tenue des registres du cens furent confiés à deux magistrats spéciaux appelés *censeurs*, qui ne pouvaient être élus que parmi les patriciens. Le recensement n'avait pas été fait depuis 17 ans : *neque differri census poterat, neque consulibus, cùm tot populorum bella imminerent, operæ erat id negotium agere* (Tite-Live, IV, 8; Denys d'Halicarnasse, XI, 63). Les censeurs, nommés tous les cinq ans, furent d'abord nommés pour un lustre; en 320, il fut décidé qu'ils seraient nommés pour un an et demi, de sorte que pendant trois ans et demi il n'y avait pas de censeurs. Une des trois lois populaires adoptées en 415 sur la proposition du dictateur Publilius portait *ut alter utiquè ex plebe censor crearetur* (Tite-Live, VIII, 12).

« Les censeurs, dit M. de Beaufort (*Rép. rom.*, t. II, p. 210), étaient en droit de convoquer les centuries; mais, comme ce n'était que pour les passer en revue, et non pour recueillir leurs suffrages, ce n'étaient point des comices. »

(2) Ainsi, nous voyons dans Tite-Live (VI, 42) que, lorsque pour la première fois les comices par centuries eurent appelé au consulat un plébéien, *patricii se auctores futuros negabant*. Cela signifie que les patriciens se refusaient à sanctionner l'élection dans les comices par curies.

(3) Tite-Live, VIII, 12.

(4) Ajoutez que, dès le commencement de la République, il devait être difficile de reconnaître à laquelle des trois tribus primitives et, par conséquent, à quelle curie appartenait tel ou tel citoyen.

Tite-Live, le vote du peuple dans les comices par centuries est précédé simplement d'un sénatusconsulte (1). Et, toutes les fois qu'une *lex curiata* est demeurée nécessaire, par exemple pour conférer l'*imperium* aux magistrats, les trente curies du peuple romain sont représentées par trente licteurs (2).

Les citoyens sont appelés aux comices par centuries *per cornicinem*, au son du cor (Aulu-Gelle, *Nuits att.*, XV, 27). Afin qu'ils viennent en grand nombre, afin qu'ils sachent d'avance sur quelle proposition ils auront à statuer, une loi Cæcilia Didia avait décidé, l'an 656 de la fondation de Rome, que le projet de loi avant le jour fixé pour le vote devrait être rendu public pendant trois jours de marché consécutifs (3). Cicéron fait plusieurs fois allusion à cette loi Cæcilia Didia. Ainsi, dans le discours *pro domo suâ* (n° 16) : « *Si, quod in cœteris legibus trinum nundinum esse oportet, id in adoptione satis est trium esse horarum, nihil reprehendo...; decrevit Senatus, Drusi legibus, quæ contrà legem Cæciliam et Didiam latæ essent, populum non teneri.* » Il paraît que cette loi Cæcilia Didia ne fit que consacrer pour tous les comices une coutume depuis longtemps établie pour les comices de la plèbe ou comices par tribus (4).

L'établissement des tribus locales (5) finit par réagir à un autre point de vue sur les comices par centuries, finit par modifier profondément la constitution même de ces comices. Tite-Live, après

(1) Tite-Live (I, 17) raconte qu'après Romulus il fut décidé que l'élection d'un roi par le peuple ne vaudrait qu'autant que *Patres auctores fierent*. Il ajoute : « *Hodiè in legibus magistratibusque rogandis usurpatur idem jus, vi ademptâ : priusquàm populus suffragium ineat, in incertum comitiorum eventum Patres auctores fiunt.* » *Patres* ici désigne exclusivement les sénateurs, et non pas les patriciens. Comp. M. Walter, liv. I, § 67.

(2) Cicéron dit, à propos des décemvirs que les tribuns du peuple voulaient faire nommer pour l'exécution de leur loi agraire: « *Sint igitur decemviri neque veris comitiis, hoc est populi suffragiis, neque illis ad specien atque ad usurpationem vetustatis, per XXX lictores, auspiciorum causâ, adumbratis, constituti !* » (*De lege agrariâ, contrà Rullum*, II, 12).

(3) Le marché se tenait à Rome tous les neuf jours : *Rutilius scribit Romanos instituisse nundinas, ut octo quidem diebus in agris rustici opus facerent, nono autem die, intermisso rure, ad mercatum legesque accipiendas Romam venirent*... (Macrobe, *Saturn.*, I, 16).

(4) Voy. Macrobe, *loc. cit.* . *Mos tractus ut leges trinundino die promulgarentur*.

(5) Voy., ci-dessus, p. 33 et 34.

avoir exposé le système de Servius Tullius (I, 43), ajoute que ce système n'est plus suivi : *nec mirari oportet hunc ordinem qui nunc est, post expletas quinque et triginta tribus, duplicato earum numero, centuriis juniorum seniorumque ad institutam ab Servio Tullio summam non convenire.* Denys d'Halicarnasse (IV, 21) signale de même le changement dont il s'agit et le présente comme ayant un caractère démocratique (*μεταβέβληται εἰς τὸ δημοτικώτερον*).

En quoi consiste donc ce changement? Voici, à cet égard, ce qui me paraît le plus probable :

D'abord, je considère comme certaines les trois propositions suivantes : 1° les cinq classes, composées d'après la fortune des citoyens, subsistent toujours (1) ; — 2° il y a encore des centuries *seniorum* et des centuries *juniorum* (2) ; — 3° enfin, la centurie est devenue une subdivision de la tribu (3). — Cela étant, évidemment il nous reste encore beaucoup à faire pour arriver à concevoir en quoi consiste le système qui a remplacé le système primitif de Servius Tullius. Le système primitif reposait sur une double base, la fortune et l'âge ; à ces deux bases une troisième doit être ajoutée dans le système nouveau, la tribu locale. Je crois que dans chaque tribu locale on prend d'abord tous les citoyens qui d'après leur fortune appartiennent à la première classe, puis tous ceux qui d'après leur fortune appartiennent à la seconde classe, etc. : on a ainsi dans chaque tribu locale cinq groupes correspondant aux cinq classes. Le nombre des tribus locales étant de 35, le nombre

(1) Je n'en veux d'autre preuve que ce que dit Tite-Live (XLIII, 16) à propos de l'accusation portée contre les censeurs Tib. Sempr. Gracchus et C. Claudius : *Cùm ex duodecim centuriis equitum octo censorem condemnâssent, multæque aliæ primæ classis...* — Tite-Live parle ici des 12 centuries de chevaliers ; n'y en avait-il pas 18? Je donnerai l'explication dans un instant.

(2) « *Tu, cùm esses prætor renunciatus,* dit Cicéron à Verrès (*In Verrem act. II, lib.* V, n° 15), *non ipsâ præconis voce excitatus es; qui te toties seniorum juniorumque centuriis illo honore affici pronunciavit, ut hoc putares, aliquam reipublicæ partem tibi creditam!* »

(3) *Una centuria prærogativa,* dit Cicéron (*Pro Plancio,* 20), *tantùm habet auctoritatis ut nemo unquàm prior eam tulerit quin renunciatus sit.... Cujus in honore, non unius tribûs pars, sed comitia tota comitiis fuerunt prærogata.* Ce que je traduis ainsi : « Une centurie, celle qui vote la première, a tant d'autorité que le candidat qui obtient son suffrage est toujours nommé... Or, pour Plancius a voté d'abord, non pas simplement une fraction d'une tribu, mais l'assemblée des comices tout entière. »

total des groupes dont il s'agit sera de 175. De plus, chacun de ces groupes se subdivisera d'après l'âge des citoyens qui le composent, de manière que dans chacun nous aurons une centurie *seniorum* et une centurie *juniorum*, en tout 350 centuries. Tandis que dans le système primitif la première classe à elle seule comptait plus de centuries que les quatre autres classes réunies, au contraire dans le nouveau système le nombre des centuries que renferme chacune des cinq classes est uniformément de 70. Par conséquent, si la prépondérance attachée à la fortune n'est pas complétement supprimée, elle est du moins considérablement diminuée, et c'est précisément ce que Denys d'Halicarnasse a voulu exprimer en disant que le nouveau système était plus démocratique que l'ancien. La première classe a un double avantage : d'abord elle comprend sans doute moins de citoyens que chacune des quatre autres, et cependant elle a autant de voix; en second lieu, la centurie qui vote la première (*prærogativa*) est toujours désignée par le sort parmi les 70 centuries composant la 1[re] classe (1). Il paraît qu'en vertu d'une loi Sempronia, rendue sur la proposition de Caius Gracchus, la *prærogativa* devait être tirée au sort parmi toutes les centuries et non plus seulement parmi celles de la 1[re] classe; mais cette loi avait été abrogée du temps de Cicéron.

Il faut bien remarquer que l'organisation primitive de Servius Tullius ne fut point modifiée en ce qui concerne les centuries de chevaliers. On nous parle encore, à la fin de la République, des dix-huit centuries de chevaliers. Les six qui existaient déjà avant Servius Tullius sont appelées *sex suffragia;* et les douze que ce prince

(1) Sur ce dernier point, je puis citer plusieurs textes. En voici d'abord deux que j'emprunte à Tite-Live :

Cùm sors prærogativæ Aniensi juniorum exisset... (XXIV, 7). — *Fulvius, Romam comitiorum causâ arcessitus, cùm comitia consulibus rogandis haberet, prærogativa Veturia juniorum declaravit Manlium Torquatum et Otacilium; Manlius, qui præsens erat, gratulandi causâ cùm turba coiret, nec dubius esset consensus populi, magnâ circumfusus turbâ ad tribunal consulis venit, petitque ut pauca sua verba audiret, centuriamque, quæ tulisset suffragium, revocari juberet...* (XXVI, 22).

Voici maintenant un passage de Cicéron : *Ecce Dolabellæ comitiorum dies, sortitio prærogativæ : quiescit. Renunciatur : tacet. Prima classis vocatur; renunciatur. Deindè, ut assolet, suffragatum secunda classis vocatur...* (Philipp. II, 33).

avait créées sont appelées proprement *duodecim centuriæ equitum* (1). Les dix-huit centuries de chevaliers font partie de la 1re classe, qui se trouve ainsi contenir au total quatre-vingt-huit centuries (2).

A quelle époque l'organisation de Servius Tullius a-t-elle été modifiée dans le sens qui vient d'être indiqué? Les opinions à cet égard sont fort divergentes. Je suis assez disposé à croire, avec M. Walter (liv. I, § 122), que la modification dont il s'agit remonte aux décemvirs et que sans doute elle a été consacrée par la loi des Douze-Tables. En effet, il résulte du témoignage de Tite-Live que, dès le milieu du IVe siècle de la fondation de Rome, le peuple romain votait *par tribus* dans des comices où sont nommés les tribuns militaires, où la guerre est déclarée, c'est-à-dire très-certainement dans les comices par centuries (3).

Quelques mots maintenant sur la manière dont les choses se passent une fois que le peuple est rassemblé dans les comices par centuries.

Le président donne la parole aux citoyens qui veulent parler pour ou contre la proposition. Mais ils ne peuvent demander que le rejet ou l'adoption; ils n'ont pas à indiquer des corrections de détail dont le projet leur paraîtrait susceptible. Du reste, en vertu de la loi Cæcilia Didia, que j'ai déjà eu l'occasion de citer, le projet lui-même, la *rogatio*, ne doit pas contenir plusieurs objets distincts : on évite ainsi que les citoyens ne se trouvent dans la nécessité d'adopter en bloc plusieurs mesures dont une partie seulement leur paraît bonne ou de repousser en bloc plusieurs mesures dont une partie seulement leur paraît mauvaise (4).

(1) Voyez Festus, vo *Sex suffragia;* comp. le passage de Tite-Live déjà rapporté ci-dessus, p. 51, note 1.

(2) Il paraît que les Sénateurs votaient avec les chevaliers : ... *equitatus, in quo suffragia sunt etiam senatûs* (Cicéron, *De republ.*, IV, 2).

(3) Tite-Live, V, 18; VI, 21. — Voy., dans le même sens, un article de M. Seligman (*Revue critique de législation*, t. IX, p. 244 et suiv.).

Il y a un autre point sur lequel je ne puis partager l'opinion de M. Seligman : c'est en ce qui concerne l'interprétation du passage de la *République* de Cicéron (II, 22). Je crois que Cicéron pensait à l'organisation primitive de Servius Tullius et non à la modification postérieure. Comp. Savigny, *Vermischte Schriften*, t. I, p. 1 et suiv.

(4) C'est ce que dit Cicéron (*or. pro domo*, 20) : « *Quæ est, quæso, alia vis,*

Lorsque personne ne demande plus la parole, les citoyens sont invités à se former en centuries (1), et chaque centurie est successivement appelée dans l'enceinte où se donnent les suffrages (2). Pendant longtemps les citoyens votèrent oralement et publiquement; au commencement du VII[e] siècle de la fondation de Rome, furent rendues des *leges tabellariæ*, prescrivant le vote écrit et secret (3). A l'enceinte dans laquelle on vote conduisent des passages étroits, nommés *pontes* (4); chaque citoyen qui se présente à l'entrée du passage assigné à sa centurie, reçoit deux bulletins portant, l'un les deux lettres U. R. (*uti rogas*), l'autre la lettre A. (*antiquo*), et, en pénétrant dans l'enceinte, il dépose dans une corbeille (*cista*), tenue par un *rogator*, le premier bulletin s'il est d'avis d'adopter le projet de loi, le deuxième s'il est d'avis de le repousser (5); les différentes corbeilles sont ensuite portées à des *diribitores*, qui constatent le vote de chaque centurie (6); enfin le résultat général du scrutin est proclamé par le président (7).

quæ sententia Cæciliæ legis et Didiæ, nisi hæc, ne populo necesse sit, in conjunctis rebus compluribus, aut id, quod nolit, accipere, aut id, quod velit, repudiare? » — Les Romains qualifiaient de *satura* une loi entachée de ce vice de complexité: SATURA, dit Festus, *et cibi genus ex variis rebus conditum est, et lex multis aliis legibus conferta. Itaque in sanctione legum adscribitur:* NEVE PER SATURAM ABROGATO, AUT DEROGATO.

(1) Voy. le passage d'Asconius, rapporté par M. Walter (§ 125, note 107).

(2) *Ut quæque intrò vocata erat centuria, consulem haud dubiè Fabium dicebat* (Tite-Live, X, 13). Cette enceinte s'appelait *ovile* ou *septum*.

(3) Voy. Cicéron, *De legibus*, III, 15 et 16.

(4) *Quo tempore primùm per pontem cœperunt comitiis suffragium ferre....* (Festus, v° *Sexagenarii*).

(5) Cicéron nous dit, à propos de la manœuvre des partisans et des satellites de Clodius voulant faire rejeter un projet de loi : *Operæ Clodianæ pontes occupârant; tabellæ ministrabantur ità ut nulla daretur* UTI ROGAS (*Ad Atticum*, I, 14). Voy. aussi *De legibus*, III, 17. — Sur la *cista* et sur les *rogatores*, voy. Cicéron, *Ad Herennium*, I, 12; *De naturâ Deor.*, II, 4, et *De divinat.*, II, 35.

(6) Cicéron dit aux sénateurs, à propos de la loi qui l'avait rappelé à Rome : « *Nullis comitiis unquàm neque multitudinem hominum tantam neque splendidiorem fuisse : hoc certè video, quod indicant tabulæ publicæ, vos rogatores, vos diribitores, vos custodes fuisse tabellarum!* » (*In Pisonem*, 15.) Et, un peu plus loin, faisant allusion au nombre des juges qui siégeaient en matière criminelle, il apostrophe ainsi son adversaire : « *An ego exspectem dùm de te* LXXV *tabellæ diribeantur...?* » (*In Pisonem*, 40.)

(7) C'est ainsi que Cicéron consul avait proclamé la nomination de Murena : « *Illo die*, dit-il, *quo auspicatò, comitiis centuriatis, L. Murenam consulem renunciavi...* » (*Pro Murenâ*, 1).

2° *Le plébiscite.* — *Plebiscitum est,* dit Gaius (Comment. I, § 3), *quod plebs jubet atque constituit.* Justinien ajoute (Inst., § 4 *De jure natur., gent. et civ.*) que le plébiscite était voté sur la proposition d'un magistrat plébéien, *plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno.*

Tite-Live (III, 55) et Denys d'Halicarnasse (XI, 45) rapportent que, dès l'an 305 de la fondation de Rome, une loi votée dans les comices par centuries, la loi Valeria Horatia, décida *ut quod tributìm plebes jussisset, populum teneret.* Il paraît que cette même loi admit les auspices pour les comices par tribus et reconnut aux tribuns du peuple le droit de les prendre. Comme le remarque M. Walter (liv. I, § 65), l'intention des consuls, en présentant cette loi, était évidemment de faire entrer de plus en plus dans l'administration de l'Etat les comices par tribus, et, au moyen des auspices, d'affaiblir la résistance des patriciens contre les plébiscites. La disposition de la loi Valeria Horatia est reproduite dans des termes presque identiques, en 415, par la loi Publilia (1), et, en 467, par la loi Hortensia, qui déclare assimiler complétement les *plebiscita* aux *leges* (2).

Comment s'expliquer que la même disposition ait été ainsi consacrée à plusieurs reprises, dans trois lois successives? Les opinions sur ce point sont très-divergentes. Autrefois, jusqu'à Niebuhr, on admettait généralement que, la loi Valeria ayant cessé d'être observée, la loi Publilia vint purement et simplement en reproduire la disposition; que, de même, la loi Publilia étant à son tour tombée en désuétude, la loi Hortensia vint rendre définitivement aux plébiscites

(1) Voy. Tite-Live, VIII, 12. — J'ai déjà eu l'occasion de citer deux autres lois votées sur la proposition du dictateur plébéien Publilius Philo.

(2) Lælius Felix, dans Aulu-Gelle (*Nuits att.*, XV, 27), s'exprime ainsi : *Tribuni neque advocant patricios, neque ad eos referre ullâ de re possunt : ità ne leges quidem propriè, sed plebiscita appellantur, quæ tribunis plebis ferentibus accepta sunt : quibus rogationibus antè patricii non tenebantur, donec Hortensius dictator eam legem tulit, ut eo jure quod plebes statuisset, omnes Quirites tenerentur.* Gaius (Comment. I, § 3) et Pomponius (L. 2 § 8, D., *De orig. jur.*) qui, eux aussi, parlent seulement de la loi Hortensia, et non des deux lois précédentes, disent, en termes formels, que les plébiscites ont été *legibus exæquata,* qu'ils ont la même *potestas.* Comp. Justinien (Inst., § 4 *De jure nat., gent. et civ.*).

la force qu'ils avaient perdue. Suivant Niebuhr, les plébiscites votes dans les comices par tribus avaient encore besoin, après la loi Valeria, d'être approuvés par le Sénat et confirmés dans les comices par curies : la loi Publilia aurait supprimé la nécessité d'une *lex curiata*, et la loi Hortensia aurait supprimé la nécessité de l'*auctoritas senatûs*. Mais déjà depuis la loi Valeria nous n'avons aucune trace de plébiscites confirmés dans les comices par curies ; loin de là, nous voyons les patriciens s'opposer avec énergie à la proposition même du plébiscite, prodiguer leurs efforts pour la faire rejeter (1), ce qui aurait été inutile si les curies avaient eu le droit d'empêcher l'exécution du plébiscite une fois voté par les tribus. Quant à l'approbation du Sénat, sous l'empire de la loi Valeria elle est certainement nécessaire (2) ; et, comme à partir de la loi Publilia il n'en est plus fait aucune mention, c'est probablement que cette loi aura permis de s'en passer. Après cela, que restait-il encore à faire, et que fit la loi Hortensia ? Nous n'avons point à cet égard de renseignements précis. On peut conjecturer que la loi Hortensia décida que les patriciens seraient libres de voter dans les comices par tribus, mais que, du reste, le plébiscite voté sans leur participation serait néanmoins obligatoire pour eux comme une *lex centuriata*.

Les tribuns du peuple n'abusèrent pas tout d'abord des lois qui en réalité mettaient entre leurs mains la puissance législative : Flaminius, tribun du peuple en 522, paraît avoir été le premier qui osa faire voter un plébiscite malgré la résistance du Sénat (3). Du reste,

(1) En voici un exemple. Le tribun Sicinius proposait un plébiscite pour établir à Veïes la moitié du peuple et la moitié du Sénat : *Patres, senes juvenesque, cùm ferretur lex, agmine facto in forum venerunt; dissipatique per tribus, suos quisque tribules prensantes, orare cum lacrymis cœpére... Quia non vi agebant, sed precibus, et inter preces multa Deorum mentio erat, religiosum parti maximæ fuit, et legem unâ plures tribus antiquârunt quàm jusserunt* (Tite-Live, V, 30).

(2) Ainsi, le tribun Canuleius ayant annoncé qu'il proposerait un plébiscite *de connubio Patrum et plebis*, il en résulta de violentes altercations, *nec antè finis contentionum fuit quàm victi tandem Patres ut de connubio ferretur consensére* (Tite-Live, IV, 6).

(3) *Consul iterùm*, dit Cicéron, en parlant de Fabius Maximus, *Sp. Carvilio collegâ quiescente, Flaminio tribuno plebis, quoad potuit, restitit, agrum Picentem et Gallicum viritim, contrà Senatûs auctoritatem dividenti* (*De senectute*, 4). Voy. aussi *Academ.*, II, 5, et *De invent.*, II, 17.

depuis la loi Hortensia jusqu'à la fin de la République, les plébiscites constituent certainement la source du droit la plus considérable, surtout au point de vue du droit privé. Dès lors les plébiscites sont appelés habituellement *leges* (1), et de même l'assemblée qui les vote est souvent désignée sous le nom de *populus*. (2).

Habituellement le projet de plébiscite était soumis aux comices par tribus sur la demande ou du moins avec l'approbation du Sénat ; mais ce n'était point là une règle constitutionnelle que les tribuns fussent tenus d'observer (3), à moins que le projet n'eût trait à une question de gouvernement ou de haute administration, cas auquel nous voyons constamment dans Tite-Live que le plébiscite est proposé en vertu d'un sénatusconsulte communiqué aux tribuns par un consul (4).

Dans les comices par tribus, comment sont comptés les suffrages? Ils sont comptés par tribus, c'est-à-dire que chaque tribu a une

(1) Il nous suffira de citer ici la *loi* Falcidie (Inst., liv. II, Tit. XXII) et la *loi* Aquilia (Inst., liv. IV, Tit. III).

(2) Tite-Live en fournit de nombreux exemples. Voici comment il s'exprime (XXX, 43) à propos de la paix avec Carthage, en 553 : *Acilius et Minucius tribuni plebis ad populum tulerunt;... de pace, uti rogâssent, omnes tribus jusserunt*. Comp. Cicéron, *Philipp.*, VI, 5. Cet emploi du mot *populus* s'explique soit parce que le plébiscite a force de loi, soit parce que les patriciens venaient habituellement voter avec les plébéiens dans les comices par tribus. La dernière explication s'accorde très-bien avec ce passage de Lælius Felix, conservé par Aulu-Gelle (*Nuits att.*, XV, 27) : *Cùm ex generibus hominum suffragium feratur,* CURIATA COMITIA *esse; cùm ex censu et ætate,* CENTURIATA ; *cùm ex regionibus et locis,* TRIBUTA. Ainsi, au lieu de dire que le plébiscite est une décision prise par les plébéiens, il serait plus exact de dire que c'est une décision prise dans les comices par tribus.

(3) Ainsi, d'une part, les lois sur l'usure étant éludées parce que les usuriers romains prêtaient sous le nom de *socii* non soumis à ces lois, *Sempronius tribunus plebis, ex auctoritate Patrum, plebem rogavit, plebesque scivit ut cum sociis ac nomine latino pecuniæ creditæ jus idem quod cum civibus romanis esset* (Tite-Live, XXXV, 7). Mais, d'autre part, le même Tite-Live nous parle (XXI, 63) d'une *nova lex quam Claudius tribunus plebis adversùs Senatum, uno Patrum adjuvante Flaminio, tulerat, ne quis senator cuive senatorius pater fuisset maritimam navem, quæ plus quàm trecentarum amphorarum esset, haberet*.

(4) J'en citerai seulement un exemple. Pendant la seconde guerre punique, Servilius et Claudius, à la fin de leur consulat, demandaient que le sort décidât lequel d'entre eux aurait l'Afrique. *Consules jussi cum tribunis plebis agere, ut, si iis videretur, populum rogarent quem vellet in Africâ bellum gerere : omnes tribus P. Scipionem jusserunt* (Tite-Live, XXX, 27).

voix (1). Maintenant, dans chaque tribu, les suffrages se comptent par têtes, sans distinction des riches et des pauvres, des *seniores* et des *juniores*, des patriciens et des plébéiens (2).

Dans les comices par tribus, comme dans les comices par centuries, on commençait par prendre les auspices (3). Cette règle souffrait seulement exception quand il s'agissait de nommer les tribuns du peuple ou les édiles plébéiens (4).

Le projet de plébiscite, rendu public pendant trois jours de marché successifs, pouvait être discuté, attaqué et défendu dans les comices. Il paraît qu'ici les citoyens n'ont jamais voté oralement (5).

Il reste à voir comment étaient composées les tribus. A mesure que des populations nouvelles étaient incorporées à Rome, tantôt on formait avec elles de nouvelles tribus (6), tantôt on les faisait entrer dans les anciennes. En 514, le nombre des tribus fut porté à trente-cinq, et ce nombre n'a pas été dépassé depuis. Les citoyens romains investis du *jus suffragii*, c'est-à-dire les citoyens romains par excellence, figurent seuls dans les tribus : aussi, parler des trente-cinq tribus et parler du *populus romanus*, est-ce employer deux expressions parfaitement synonymes. — A l'origine, la division en tribus était locale ou territoriale plutôt que personnelle. Pour les immeubles, on a toujours continué de les porter sur la

(1) Denys d'Halicarnasse rapporte (VII, 64) que, lors du jugement de Coriolan, neuf tribus avaient voté pour l'absolution.

(2) Voy. ci-dessus, p. 45 et 46, le passage de Cicéron (*De legibus*, III, 19), où il oppose aux comices par centuries le *populus fusè in tribus convocatus*.

(3) Cicéron, dans une de ses lettres (*Ad famil.*, VII, 30), dit, en parlant de Jules César : « *Ille, qui comitiis tributis esset auspicatus, centuriata habuit.* » Ailleurs (*De legibus*, II, 12), il s'exprime ainsi : *Maximum et præstantissimum in republicâ jus est augurum, et cum auctoritate conjunctum. Neque verò hoc, quia sum ipse augur, ità sentio, sed quia sic existimare nos est necesse. Quid enim majus est, si de jure quærimus, quàm posse a summis imperiis et summis potestatibus comitiatus et consilia, vel instituta dimittere, vel habita rescindere?... Quid religiosius quàm cum populo, cum plebe, agendi jus aut dare aut non dare?*

(4) Denys d'Halicarnasse le dit positivement (IX, 49 *in fine*). De même, Tite-Live (VI, 41) fait dire au sénateur Appius Claudius (petit-fils du décemvir) : « *Plebeius quidem magistratus nullus auspicatò creatur.* »

(5) D'après Denys d'Halicarnasse (VII, 17; X, 39 et 41), ils se servaient de petits cailloux, ψῆφοι.

(6) *Tribus quatuor ex novis civibus additæ*, dit Tite-Live, sur l'année 368 (VI, 5), *eæque viginti quinque tribuum numerum explevêre.*

liste de telle ou de telle tribu d'après leur situation. Mais quant aux personnes, on reconnut aux censeurs le droit de mettre dans une tribu des habitants d'une ville très-éloignée, ou de transporter un citoyen d'une tribu dans une autre, abstraction faite du lieu où il avait son domicile (1). Du reste, la décision prise par les Censeurs n'avait rien d'irrévocable, et la composition de chaque tribu pouvait toujours être rectifiée (2). Régulièrement, le fils devait être inscrit dans la même tribu que le père; mais, en fait, cette règle n'était pas observée (3).

Un mot, en terminant, sur les *ærarii*. On avait reconnu aux Censeurs, qui, d'après une ancienne loi, devaient *mores populi regere* (4), le droit de punir un citoyen en l'inscrivant parmi les *ærarii* ou *in Cæritum tabulas*, ce qui le rendait incapable de voter, soit dans les comices par centuries, soit dans les comices par tribus (5). Le nom d'*ærarius* vient de ce que, dans le temple de Sa-

(1) OUFENTINÆ TRIBÛS, dit Festus, *initio causa fuit nomen fluminis Oufens, quod est in agro Privernate, mare intrà et Taracinam... Posteà deindè a Censoribus alii quoque diversarum civitatum eidem tribui sunt adscripti.*

Voici maintenant un passage important de Tite-Live : *Censores Tib. Sempr. Gracchus et Claudius Pulcher rem diu inter se variis altercationibus agitatam tandem concordi animo decreverunt. Gracchus, cùm libertini, iterùm iterùmque in quatuor tribus urbanas redacti, sese rursùs per omnes effudissent, repullulans semper malum radicitùs exstirpare voluerat, omnesque qui servitutem servissent censu excludere... Negabat Claudius suffragii lationem, injussu populi, Censorem cuiquam homini, nedum ordini universo, adimere posse : neque enim, si tribu movere posset, quod sit nihil aliud quàm mutare jubere tribum, ideò omnibus XXXV tribubus emovere posse, id est civitatem libertatemque eripere... Postremò eò descensum est ut ex quatuor urbanis tribubus unam palàm in atrio Libertatis sortirentur, in quam omnes qui servitutem servissent conjicerent. Esquilinæ sors exiit : in eâ Tib. Gracchus pronunciavit libertinos omnes censeri placere...* (XLV, 14 et 15).

(2) Ainsi s'explique un passage de Tite-Live (XL, 51), sur lequel on a beaucoup discuté. Tite-Live dit, en parlant des censeurs Æmilius Lepidus et Fulvius : *Mutârunt suffragia; regionatimque, generibus hominum causisque, et quæstibus, tribus descripserunt.*

(3) Aulu-Gelle (*Nuits att.*, V, 19) rapporte que P. Scipion, étant censeur, adressa au peuple un discours *de moribus*, dans lequel il blâme qu'on s'écarte des règles anciennement suivies. Et notamment il trouve mauvais *in aliâ tribu patrem, in aliâ filium suffragium ferre.*

(4) Cicéron, *De legibus*, III, 3.

(5) *Censores*, dit Asconius (cité par M. Walter, liv. I, chap. IV, note 16), *cives sic notabant ut... qui plebeius esset, in Cæritum tabulas referretur et æra-*

turne, où l'on conservait le trésor public (*ærarium*), il y avait u registre sur lequel étaient inscrits les citoyens à qui les Censeu infligeaient la peine dont il s'agit (1). Quant aux *tabulæ Cæritu* c'était un registre où étaient inscrits les habitants de Cære, le quels avaient obtenu le droit de cité romaine, mais *sine suffragi* Les deux registres ont fini par être confondus en un seul (2).

3° *Le sénatusconsulte.* — Le droit de nommer les sénateurs, q appartenait d'abord au roi, fut ensuite exercé par les consuls ou p les tribuns militaires investis de la *potestas consularis*. Ces tribu militaires pouvant être plébéiens, on s'explique que des plébéie aient aussi été jugés dignes d'entrer dans le Sénat (3). Enfin u loi Ovinia, qui paraît remonter au commencement du v° siècle d la fondation de Rome, chargea les Censeurs de déclarer, à leur e trée en fonctions, quelles seraient, *ex omni ordine*, parmi les pe sonnes ayant actuellement le droit de siéger dans le Sénat (ce q comprend non-seulement les sénateurs, mais les citoyens aya

rius fieret, ac per hoc non esset in albo centuriæ suæ; sed ad hoc non esset civ tantùmmodo ut, pro capite suo, tributi nomine, æra penderet.

Tite-Live paraît employer comme synonymes les deux expressions *ærariu facere* et *tribu movere*. J'en citerai seulement un exemple. Le dictateur Mame cus avait fait réduire de cinq ans à un an et demi la durée de la magistratu des censeurs, puis lui-même avait abdiqué la dictature : *Censores, ægrè pass Mamercum, quòd magistratum populi romani minuisset, tribu moverunt, oct plicatoque censu ærarium fecerunt* (IV, 24).

(1) Tite-Live raconte (XXIX, 37) qu'entre les censeurs Livius et Claudi *fœdum certamen inquinandi famam alterius, cum suæ famæ damno, factu est. Exitu censuræ, cùm in leges jurâsset Claudius, et in ærarium ascendisse inter nomina eorum quos ærarios relinquebat, dedit collegæ nomen. Deindè Li vius in ærarium venit, et, præter Mæciam tribum,... populum romanum omnes XXXIV tribus, ærarios reliquit...*

(2) *Primos municipes, sine suffragii jure, Cærites esse factos accepimus; con cessumque illis ut civitatis romanæ honorem quidem caperent, sed negotiis tame atque oneribus vacarent, pro sacris bello gallico receptis custoditisque. Hinc* TA BULÆ CÆRITES *appellatæ, versâ vice, in quas censores referri jubebant quos not causâ suffragiis privabant* (Aulu-Gelle, *Nuits att.*, XVII, 13).

Sur les *ærarii*, comp. M. de Savigny, *System des heutigen römischen Recht* t. II, §§ 79 et suivants.

(3) La première mention expresse d'un sénateur plébéien se rapporte à l'an née 354 : Tite-Live (V, 12) nous dit que, cette année-là, un plébéien, *vetus se nator*, fut nommé tribun militaire *consulari potestate*.

rempli une magistrature curule), celles qui continueraient d'en faire partie (1).

Nous voyons que le Sénat se compose principalement de citoyens qui ont été ou qui sont encore magistrats. Du reste, parmi ceux qui ont droit de siéger au Sénat, on peut distinguer trois classes. Il y a d'abord les sénateurs proprement dits, dont le nombre fut porté à trois cent vingt, vers la fin du VIe siècle, et qui sont répartis en dix décuries. Depuis la loi Ovinia, ces sénateurs sont désignés tous les cinq ans par les Censeurs et choisis de préférence parmi les citoyens qui ont été investis de magistratures curules ou même de magistratures inférieures (2). Tous ces sénateurs ont pleinement le *jus dicendæ sententiæ*, c'est-à-dire le droit d'exprimer publiquement leur sentiment sur la mesure à prendre, avant de le traduire en un vote. L'ordre de préséance entre eux est ainsi établi : *consulares*, *prætorii*, *ædilicii*, *tribunitii*, *quæstorii*, simples sénateurs (3). — La seconde classe de citoyens qui siégent au Sénat comprend tous ceux qui ont exercé une magistrature curule dans les cinq ans qui précèdent la nomination que font les Censeurs. Ils diffèrent des sénateurs proprement dits, en ce qu'ils ne peuvent pas

(1) Nous avons sur ce point un passage de Festus, dont malheureusement le texte a été altéré. Voici la leçon qu'adopte M. Walter et qui me paraît aussi la plus probable : *Præteriti senatores quondam in opprobrio non erant, quòd, ut reges sibi legebant sublegebantque quos in consilio publico haberent, ità, post exactos eos, Consules quoque et Tribuni militum consulari potestate conjunctissimos sibi quosque patriciorum et deinde plebeiorum legebant, donec Ovinia Tribunicia intervenit, quâ sanctum est ut censores ex omni ordine optimum quemque jurati in Senatu legerent. Quo factum est ut qui præteriti essent, et loco moti, haberentur ignominiosi.* — Il paraît que d'assez bonne heure les censeurs prirent l'habitude de motiver les exclusions qu'ils prononçaient : *Patrum memoriâ institutum fertur,* dit Tite-Live (XXXIX, 42), *ut censores motis senatu ascriberent notas.*

(2) D'après Tite Live (XXII, 49), parmi les citoyens qui périrent à la bataille de Cannes il y avait *octoginta aut senatores aut qui eos magistratus gessissent undè in senatum legi deberent*. Un peu plus loin (XXIII, 22 et 23) il raconte que, le nombre des sénateurs étant considérablement réduit (depuis cinq ans, 167 sénateurs étaient morts), Fabius Buteo fut nommé dictateur, *ut senatum legeret.* Comment procéda Fabius? *Recitato vetere senatu, indè primos in demortuorum locum legit qui post Æmilium et Flaminium censores curulem magistratum cepissent necdùm in senatum lecti essent, ut quisque eorum primus creatus erat; tùm legit qui ædiles, tribuni plebeii quæstoresve fuerant...*

(3) Voy. Aulu-Gelle (*Nuits att.*, XIV, 7) et Cicéron (*Philipp.*, XIII, 14).

ouvrir un avis, faire une proposition, mais seulement se rallier à une proposition déjà faite (1). — Enfin la troisième classe se compose des magistrats actuellement en exercice; s'ils ne sont pas d'ailleurs sénateurs, ils n'ont pas voix délibérative.

Vers la fin de la République, des changements considérables furent apportés à la composition du Sénat. Sylla, ayant élevé à vingt le nombre des questeurs (2), décida qu'après avoir rempli leur magistrature ils seraient de plein droit sénateurs (3). Le nombre des sénateurs fut porté à neuf cents par César et à mille par les triumvirs.

Les magistrats qui ont le droit de convoquer le Sénat sont : le dictateur, les Consuls, les Préteurs, les tribuns du peuple, l'*interrex* et le préfet de la ville (4). Il paraît que la présidence de l'assemblée, le droit de recueillir les opinions, appartenait au consul ou en général au magistrat qui l'avait convoquée, et non au *princeps*

(1) *Curulibus magistratibus functi, qui nondùm a censoribus in senatum lecti erant, senatores non erant; et qui in postremis scripti erant, non rogabantur sententias, sed quas Principes dixerant, in eas discedebant. Hoc significabat Edictum quo nunc quoque consules, cùm senatores in curiam vocant, utuntur :* SENATORES QUIBUSQUE IN SENATU SENTENTIAM DICERE LICET (Aulu-Gelle, *Nuits att.* III, 18). Comp. Festus, vº *Senatores*.

(2) Tacite, *Annales*, XI, 22.

(3) C'est sans doute à cela que Cicéron fait allusion lorsqu'il dit (*De legibus*, III, 12) : *Ex his qui magistratum ceperunt quòd senatus efficitur, populare sanè neminem in summum locum nisi per populum venire, sublatâ cooptatione censoriâ.*

(4) Voy. Cicéron (*De legibus*, III, 4), et Aulu-Gelle (*Nuits att.*, XIV, 7). — Il y avait eu doute en ce qui concerne le préfet de la ville. Cela résulte d'un chapitre d'Aulu-Gelle, que je reproduis ici parce qu'il est important à plus d'un titre : *Præfectum urbi, Latinarum causâ relictum, senatum habere posse Junius negat : quoniam ne senator quidem sit neque jus habeat sententiæ dicendæ, cùm ex eâ ætate præfectus fiat quæ non sit senatoria. Marcus autem Varro, in quarto* EPISTOLICARUM QUÆSTIONUM, *et Atteius Capito, in* CONJECTANEORUM CCLIX, *jus esse præfecto senatùs habendi dicunt, deque eâ re assensum esse Capitonem Tuberoni contrà sententiam Junii refert : « Namque et tribunis, inquit, plebis « senatùs habendi jus erat, quanquàm senatores non essent, antè Atinium plebiscitum »* (*Nuits att.*, XIV, 8). Ce *plebiscitum Atinium* paraît avoir été rendu sous Sylla. N'est-on pas fondé à conclure du passage qui vient d'être rapporté que ce plébiscite avait fait pour les tribuns du peuple ce que le même Sylla fit, comme nous le savons, pour les questeurs? Je suis plutôt disposé à croire qu'il décida que les tribuns du peuple seraient nommés exclusivement parmi les sénateurs. Voy. M. Walter, liv. I, chap. XVII, note 128.

senatûs (1); celui-ci avait seulement le droit d'opiner le premier, et même il n'avait pas toujours ce droit (2).

Pour le Sénat il ne s'agissait pas, comme pour les comices, d'adopter ou de repousser une proposition, *rogatio;* le magistrat qui l'avait convoqué lui faisait un rapport, *relatio*, sur une affaire, et le Sénat prenait la résolution qui lui paraissait la plus convenable. Ceux qui voulaient développer leur opinion ayant été entendus, le président se plaçait dans une certaine partie de la salle; là il invitait ceux qui étaient de telle opinion à se rendre près de lui, et ceux qui étaient d'une opinion différente à se rendre de l'autre côté. De là l'expression : *Senatusconsultum per discessionem fiebat* (3). Après que la majorité s'était ainsi prononcée, le président faisait rédiger par écrit, en présence d'un certain nombre de sénateurs et dans la forme habituelle d'un Sénatusconsulte, la résolution qui venait d'être prise.

Il reste à rechercher quelles étaient précisément les attributions du Sénat, sur quelles matières il avait compétence. D'abord c'était au Sénat à réglementer le service religieux; et Tite-Live nous le montre souvent, dans les temps difficiles, prescrivant les fêtes et les sacrifices destinés à rendre les dieux favorables. Il appartenait encore au Sénat de veiller à la sûreté extérieure de la République : à lui d'arrêter le plan général de la guerre, de recevoir les envoyés des peuples étrangers, de régler les conventions à conclure avec eux, de nommer les ambassadeurs du peuple romain et de leur donner des instructions (4). La sollicitude du Sénat devait

(1) Comment était nommé ce *princeps senatûs?* Tite-Live (XXVII, 11) nous donne, à cet égard, des détails curieux : *Creati censores Cornelius Cethegus, Sempronius Tuditanus. Senatûs lectionem contentio inter censores de principe legendo tenuit. Sempronii lectio erat; cæterùm Cornelius morem traditum a patribus sequendum aiebat, ut qui primus Censor ex iis qui viverent fuisset, eum principem legerent. Is Manlius Torquatus erat. Sempronius : «Cui Dii sortem legendi dedissent, ei jus liberum eosdem dedisse Deos. Se id suo arbitrio facturum; lecturumque Fabium Maximum, quem tùm principem romanæ civitatis esse, vel Annibale judice, victurus esset.» Cùm diù certatum verbis esset, concedente collegâ, lectus a Semproniô Fabius Maximus...*

(2) Voy. Auln-Gelle, *Nuits att.*, IV, 10.

(3) Voy. Auln-Gelle (*Nuits att.*, III, 18; XIV, 7), et Festus (vº *Pedarium*).

(4) Lisez l'éloquente apostrophe de Cicéron (*In Vatinium*, 15) : «*Ne hoc qui-*

également s'étendre à tout ce qui concernait les peuples alliés les peuples soumis : c'est à lui qu'ils adressaient leurs demandes leurs plaintes, c'est lui qui statuait sur les différends qu'ils po vaient avoir entre eux, lui qui nommait dans son sein en leur do nant ses instructions les commissaires chargés de régler le sort d territoires conquis, lui qui punissait la défection des alliés. Il a partenait encore au Sénat de décréter les impôts nécessaires. Enf quand la patrie était en danger, le Sénat pouvait suspendre l'a plication des lois et inviter les Consuls à user d'autorité en fais tout ce que paraîtrait exiger la nécessité du moment (1). — Vo dans quelle sphère s'exerçait l'activité du Sénat sous la Républiq Le Sénatusconsulte, on le voit, n'est pas encore présenté com étant une des sources du droit privé (2). Et cela suffit pour nc autoriser à déclarer absolument invraisemblable l'affirmation Théophile suivant laquelle il aurait été dit dans la loi Horten que les sénatusconsultes seraient désormais obligatoires pour plébéiens comme les plébiscites pour les patriciens (3).

4° *Les Edits des magistrats.* — Les fonctions et la compéte des différents magistrats étaient déterminées d'une manière gé rale par les lois et par l'usage ; mais, dans l'exercice de leur po voir et quand il s'agissait d'en faire l'application aux cas partic liers, l'appréciation individuelle de ces magistrats jouait un trè grand rôle. Ainsi s'explique l'habitude que prirent les magistr

dem senatui relinquebas quod nemo unquàm ademit, ut legati ex ejus ordi auctoritate legarentur!... Quis legatos unquàm audivit sine senatusconsulto?

(1) On connaît l'admirable morceau des Catilinaires qui commence ain *Decrevit quondàm senatus ut Opimius consul videret ne quid respublica de menti caperet : nox nulla intercessit : interfectus est, propter quasdam sediti num suspiciones, C. Gracchus, clarissimo patre, avo, majoribus; occisus est c liberis M. Fulvius, consularis. Simili senatusconsulto, C. Mario et L. Val consulibus, permissa est respublica : nùm unum diem posteà Saturninum, tri num plebis, et Servilium, prætorem, mors ac reipublicæ pœna remorata est* (*In Catilinam*, I, 2). Voy. aussi Tite-Live, VI, 19.

(2) Cicéron dit bien (*Topiques*, 5) que le *jus civile consistit in legibus, se tusconsultis*, etc.; mais l'expression *jus civile* n'est pas absolument synony de l'expression *jus privatum*.

(3) Cette affirmation de Théophile (*Paraphr.*, liv. I, tit. II, § 5) n'est p guère prise au sérieux par les auteurs. Voy. M. Giraud, *Hist. du Dr. ro* p. 152 et suiv.

de faire connaître aux citoyens, dans la forme d'un Édit général, soit dès leur entrée en fonctions, soit dans le cours de leur magistrature, les règles suivant lesquelles ils procéderaient dans telle ou telle circonstance. D'après Gaius (Comment. I, § 6), *jus edicendi habent magistratus populi romani;* mais, si nous nous plaçons à l'origine, le magistrat qui propose un édit doit bien moins être considéré comme exerçant un droit que comme donnant aux citoyens une sorte de garantie (1).

Il paraît que tous les magistrats proposaient leur Édit; et les textes mentionnent notamment l'Édit des Consuls, l'Édit des Censeurs, l'Édit des Tribuns du peuple (2). Nous nous attacherons surtout aux Édits qui contiennent des règles de droit privé ; or, à ce point de vue, l'Édit du Préteur est de beaucoup le plus important (3).

Plusieurs auteurs pensent que les magistrats annuels qui prirent la place du roi furent d'abord appelés *Préteurs* (4). D'après une

(1) C'est précisément l'idée qu'exprime le jurisconsulte Pomponius, lorsqu'il dit, en parlant des magistrats (L. 2 § 10, D., *De orig. jur.*) : *Ut scirent cives quod jus de quâque re quisque dicturus esset, seque præmunirent, Edicta proponebant.*

(2) Aulu-Gelle (*Nuits att.*, III, 18) parle d'un *edictum quo nunc quoque consules, cùm senatores in curiam vocant, servandæ consuetudinis causâ translatitio utuntur;* ailleurs (XIII, 15) il parle d'un *edictum consulum, quo edicunt quis dies centuriatis comitiis futurus sit.* Tite-Live (XXXIX, 44) dit, en parlant de la ferme des impôts, que les censeurs *edicto summoverunt ab hastâ qui ludificati priorem locationem erant;* et Aulu-Gelle (*Nuits att.*, XV, 11) cite le texte même d'un *edictum censorum quo improbati et coërciti sunt qui disciplinam rhetoricam instituere et exercere Romæ cœperant.* Enfin Cicéron (*In Verrem*, act. II, liv. II, 41) dit, en parlant des tribuns du peuple : *Eorum omnium edicto non licebat quemquam Romæ esse qui rei capitalis condemnatus esset.*

(3) *Amplissimum jus est*, dit Gaius (§ 6 *cit.*), *in edictis duorum Prætorum, urbani et peregrini.* Comp. Inst. de Just., § 7 *De jure natur., gent. et civ.*

(4) Les deux textes qu'on a coutume d'invoquer en ce sens ne me paraissent pas absolument décisifs. *Initio prætores erant,* dit Festus (v° PRÆTORIA PORTA), *qui nunc Consules, et hi bella administrabant.* Cela peut signifier simplement que le commandement militaire, exercé aujourd'hui par les consuls, appartenait autrefois à des Préteurs : *Prætor* aurait voulu dire *général d'armée.* Le deuxième texte est encore moins explicite. Suivant Tite-Live (III, 55), il fut décidé par la loi Horatia *ut qui tribunis plebis, ædilibus, judicibus, decemviris nocuisset, ejus caput Jovi sacrum esset...* Qu'étaient ces *judices* dont parle la loi? *Fuere qui interpretarentur hâc Horatiâ lege consulibus quoque et Prætoribus, quia iisdem auspiciis quibus consules crearentur, cautum esse : judicem*

autre conjecture, dans les premières années de la République, toutes les fois que la guerre tenait les Consuls hors de Rome, le *princeps Senatûs*, sous le nom de *præfectus urbis* ou de *prætor urbanus*, était chargé de l'administration de la justice. Niebuhr ajoute qu'à partir de l'an 267 de la fondation de Rome ce magistrat fut élu tous les ans, dans les comices par centuries, parmi les *consulares*. Nous voyons dans Tite-Live (III, 33 et 41) et dans d'autres historiens que, sous le premier décemvirat, tous les dix jours, l'un des décemvirs alternativement prenait le titre de *præfectus juris* et présidait à l'administration de la justice; que, sous le deuxième décemvirat, deux des décemvirs s'étaient réservé cette fonction. Après l'expulsion des décemvirs, on en serait revenu à peu près à l'état de choses antérieur; toutefois, dans le courant du IV[e] siècle, nous voyons assez souvent que les fonctions de *præfectus urbis* étaient assignées à l'un des tribuns militaires investis de la *consularis potestas*. — En somme, jusqu'à la fin du IV[e] siècle, le nom de *prætor* ne paraît pas avoir appartenu spécialement à un magistrat ayant des attributions bien déterminées; il convenait en général à tout citoyen investi d'une fonction éminente, soit dans l'ordre civil, soit dans l'ordre militaire (1).

C'est seulement en l'année 387 que fut institué, sous le nom de *prætor urbanus*, un magistrat spécialement chargé de l'administra-

enim consulem appellari. Quæ refellitur interpretatio, quòd his temporibus nondùm consulem judicem, sed Prætorem, appellari mos fuerit. Cette dernière phrase est évidemment équivoque. Elle peut signifier que primitivement le Consul était appelé, non pas *judex*, mais *prætor;* elle peut signifier aussi que primitivement on appelait *judex*, non le Consul, mais le Préteur. Du reste, les trois mots *prætor*, *judex* et *consul* paraissent pris comme synonymes dans cette ancienne loi que rapporte Cicéron (*De legibus*, III, 3) : *Regio imperio duo sunto; iique, præeundo, judicando, consulendo, prætores, judices, consules, appellantor.*

(1) A l'appui de cette idée, il me suffira d'invoquer un passage curieux de Tite-Live: *Lex vetusta est*, dit Tite-Live (VII, 3), *priscis literis verbisque scripta, ut, qui prætor maximus sit, Idibus septembribus clavum pangat... Eum clavum, quia raræ per ea tempora literæ erant, notam numeri annorum fuisse ferunt... Horatius consul ex lege templum Jovis optimi maximi dedicavit, anno post reges exactos; a consulibus posteà ad dictatores, quia majus imperium erat, solemne clavi figendi translatum est.* Ainsi le nom de *prætor maximus* convient en général au consul; mais il s'applique au dictateur, quand il y en a un.

tion de la justice (1). Cette année-là, Furius étant dictateur, pour la première fois un plébéien avait été nommé Consul; les patriciens refusant d'approuver l'élection, une terrible guerre civile était imminente : *per dictatorem*, dit Tite-Live (VI, 42), *conditionibus sedatæ discordiæ sunt, concessumque ab nobilitate plebi de Consule plebeio, a plebe nobilitati de prætore uno qui jus in urbe diceret, ex Patribus creando* (2). Du reste, dès l'année 417, un plébéien, Publilius Philo, fut nommé préteur (3), et l'usage paraît promptement s'être établi de nommer le Préteur parmi les consulaires, qui pouvaient être plébéiens aussi bien que patriciens.

Voici comment les fonctions du préteur sont indiquées dans une ancienne loi que rapporte Cicéron (*De legibus*, III, 3) : *Juris disceptator, qui privata judicet judicarive jubeat, Prætor esto. Is juris civilis custos esto.* D'après Tite-Live (VII, 1), le Préteur, créé sous les mêmes auspices que les Consuls, était leur collègue (4). Aussi, en leur absence, il les remplaçait à Rome (5). Nous savons déjà qu'il pouvait convoquer et présider le Sénat (6), convoquer et présider les comices (7). Du reste, tout en considérant le Préteur comme

(1) *Annus hic erit insignis*, dit Tite-Live (VII, 1), *novi hominis consulatu. insignis novis duobus magistratibus, præturâ et curuli ædilitate.*

(2) Pomponius (L. 2 § 27, D., *De orig. jur.*) se borne à motiver l'institution de la Préture, *cùm consules avocarentur bellis finitimis, neque esset qui in civitate jus reddere posset.*

(3) Voy. Tite-Live (VIII, 15).

(4) Voy. aussi Aulu-Gelle (*Nuits att.*, XIII, 15).

(5) Cicéron raconte (*Ad famil.*, X, 12) qu'il s'empresse d'aller trouver Cornutus, *prætor urbanus, qui, quòd Consules aberant, consulare munus sustinebat more majorum.* Voy. aussi Tite-Live (XXIV, 9).

(6) Voy. notamment Tite-Live (VIII, 2).

(7) *Comitia a prætore urbano*, dit Tite-Live (XXV, 7), *de senatûs sententiâ plebisque scitu sunt habita, quibus creati sunt quinqueviri muris turribusque reficiendis...* Toutefois il paraît que le Préteur ne pouvait pas présider les *comitia consularia*, les comices où devaient être nommés les consuls. En effet, Tite-Live dit, en parlant du préteur Æmilius (XXII, 33) : *Ab eodem prætore, ex senatusconsulto, literæ ad consules missæ ut, si iis videretur, alter eorum ad consules creandos Romam veniret; se in eam diem, quam jussissent, comitia edicturum. Ad hæc a Consulibus rescriptum « sine detrimento reipublicæ abscedi non « posse ab hoste : itaque per interregem comitia habenda esse potiùs quàm Consu- « lum alter a bello avocaretur... »* Voy. également Tite-Live (XXV, 2); et Cicéron (*Ad Atticum*, IX, 9).

collega consulum, on nous dit cependant qu'il a un *minus imperium* (1).

Il paraîtrait que dès le principe il fut admis que, suivant les cas, il pouvait y avoir plusieurs Préteurs. En effet, l'ancienne loi rapportée par Cicéron, après avoir indiqué en termes généraux la fonction du Préteur, ajoute : *Huic, potestate pari, quotcumque Senatus creverit populusve jusserit, tot sunto.* D'après le témoignage de Joannes Lydus (2), c'est en l'année 507 de la fondation de Rome que fut institué, sous le nom de *prætor peregrinus,* un magistrat spécialement chargé de pourvoir aux procès entre deux étrangers ou entre un citoyen romain et un étranger (3). Il y eut dès lors à Rome deux Préteurs, et il paraît que l'un devait être patricien et l'autre plébéien. A partir de l'an 529, chaque année les comices nommèrent quatre Préteurs : habituellement deux restaient à Rome pour administrer la justice, le troisième allait commander en Sicile, et le quatrième en Sardaigne (4). Enfin, en 557, on nomma six Préteurs (5).

L'établissement des *quæstiones perpetuæ* amena un changement

(1) Voy. notamment Cicéron (*loc. cit.*), Aulu-Gelle (XIII, 15), et le jurisconsulte Paul, L. 14 pr., D., *De manum.* (40, 1).

(2) *De magistratibus*, I, 38 et 45.

(3) Pomponius, après avoir parlé de l'institution du *prætor urbanus,* ajoute : *Post aliquot deindè annos, non sufficiente eo prætore, quòd multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius Prætor, qui peregrinus appellatus est, ab eo quod plerumque inter peregrinos jus dicebat* (L. 2 § 28, D., *De orig. jur.*).

(4) Je dis *habituellement* : il résulte, en effet, de plusieurs passages de Tite-Live, qu'il n'y avait pas à cet égard une règle toujours observée. Nous voyons, par exemple (XXIV, 44), pendant la seconde guerre punique, que le préteur Æmilius, *cujus peregrina sors erat, jurisdictione Atilio collegæ, prætori urbano, mandatâ, Luceriam provinciam habuit legionesque duas*; quant aux deux autres préteurs, *Sempronio provincia Ariminum, Fulvio Suessula, cum binis item legionibus, evenerunt.* Voy. encore Tite-Live (XXV, 3; XXVII, 36), et Pomponius (L. 2 § 32, D., *De orig. jur.*).

(5) Voy. Pomponius, *loc. cit.*—*Sex prætores illo anno primùm creati,* dit Tite-Live (XXXII, 27 et 28), *crescentibus jàm provinciis et latiùs patescente imperio... Urbana Sergio, peregrina jurisdictio Minucio obtigit; Sardiniam Atilius, Siciliam Manlius, Hispaniam Sempronius citeriorem, Helvius ulteriorem est sortitus.*

Tite-Live (XL, 44) cite une loi Bæbia, d'après laquelle une fois sur deux on ne nommait que quatre préteurs, parce que ceux qui étaient envoyés en Espagne devaient y rester deux ans.

considérable dans le système qui vient d'être indiqué. Jusqu'aux derniers temps de la République, la juridiction pénale appartient, suivant certaines distinctions, aux comices, au Sénat, aux magistrats ayant l'*imperium*. Du reste, nous voyons souvent les comices abandonner à des commissaires (*inquisitores*) l'information et le jugement des affaires ; et, de son côté, le Sénat agissait tantôt par lui-même et tantôt en commettant des *inquisitores*. En 605, une loi Calpurnia décida que chaque année une commission serait instituée pour connaître de la concussion des magistrats (*de pecuniis repetundis*), et successivement d'autres commissions du même genre furent instituées pour différents crimes (1). Ces commissions, bien qu'elles fussent nommées pour une année seulement, reçurent le nom de *quæstiones perpetuæ*. En général, chaque *quæstio perpetua* était présidée par un Préteur, et cela rendit nécessaire une nouvelle augmentation du nombre de ces magistrats (2). Il fut d'abord admis que les six Préteurs ou la plupart d'entre eux resteraient à Rome la première année après leur élection, et que l'année suivante ils iraient gouverner les provinces en qualité de *Propréteurs* (3). Puis le nombre des Préteurs fut porté à huit par Sylla et à dix par Jules César (4). Il paraît, du reste, que le *Prætor urbanus* avait relativement aux autres une certaine supériorité : il était *major*, les autres étaient *minores* (5).

Les règles posées dans l'Édit du *Prætor urbanus* et du *Prætor peregrinus* ont fini par constituer, à côté du droit civil, ce qu'on appelle le droit prétorien. Sans doute le Préteur indique tout d'a-

(1) Voy. Cicéron, *Brutus*, 27; *Pro Cluentio*, 54. Voy. aussi Pomponius, L. 2 § 32, D., *De orig. jur.*

(2) Malgré cette augmentation, il arriva que les Préteurs ne suffirent plus à la fonction dont il s'agit : alors certaines *quæstiones* eurent un président spécial, appelé *judex quæstionis*.

(3) Voici un fait qui date du commencement du VIIe siècle et où l'on peut voir un acheminement à cet état de choses : *Prætorum sortes fuere : Cussii urbana, Juventii Thalnæ inter peregrinos, Claudii Neronis Sicilia, Fulvii Hispania citerior, Licinii Nervæ ulterior. Manlio Torquato Sardinia obvenerat; nequiit ire in provinciam, ad res capitales quærendas ex senatusconsulto retentus* (Tite-Live, XLV, 16).

(4) D'après Pomponius, Sylla aurait établi quatre nouveaux Préteurs ; mais il est démenti par Suétone et par Dion Cassius.

(5) Voy. Festus, v° *Majorem consulem*.

bord comment il entend procurer l'application du droit civil, c'est en se plaçant à ce point de vue qu'on a pu dire que le dro prétorien *viva vox est juris civilis* (1) ; mais le Préteur ne se born pas à cela : tantôt il supplée aux lacunes réelles ou prétendues de l loi civile, tantôt il refuse franchement de l'appliquer et substitue ses principes des principes qui lui paraissent préférables (2). Il n faudrait pas croire que les dispositions de l'Édit soient arbitraires quand le Préteur s'écarte du droit civil, c'est toujours parce qu celui-ci ne convient plus aux mœurs nouvelles, parce qu'il ne donn pas satisfaction à des situations inconnues autrefois et fréquente aujourd'hui ; souvent le *jus gentium* et la coutume fournissent a Préteur les règles qu'il consacre dans son Édit (3).

L'Édit, proposé par le Préteur à son entrée en fonctions, est obl gatoire tant que dure sa magistrature, c'est-à-dire pendant u an (4); mais, probablement dès l'origine, la plupart des règle posées par un Préteur dans son Édit reparurent dans l'Édit de se successeurs. On appelle *edictum tralatitium* ou *translatitium* la di position qui s'est ainsi perpétuée et transmise d'Édit en Édit (5) on appelle, au contraire, *edictum novum* la disposition qu'un Pré teur n'a point empruntée aux Édits précédents et que le premie il a consacrée.

(1) Marcien, L. 8, D., *De justitiâ et jure* (I, 1).

(2) Ce triple but que le Préteur poursuit dans son Edit est parfaitement in diqué par le jurisconsulte Papinien : *Jus prætorium est quod Prætores intr duxerunt, adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratiâ, propt utilitatem publicam* (L. 7 § 1 *eod. Tit.*).

(3) Quelque nombreux que soient les emprunts faits par le Préteur au *j gentium*, celui-ci ne se confond point avec le *jus prætorium*. De même, *vi versâ*, le *jus civile* pris par opposition au *jus gentium* (voy. ci-dessus, p. 15 suiv.) est autre chose que le *jus civile* pris par opposition au *jus prætorium* le *jus civile*, opposé au *jus gentium*, comprend même des règles prétorienne celles qui ne seraient pas applicables aux *peregrini*.

(4) Ainsi s'explique l'apostrophe de Cicéron à Verrès, qui, investi de la pr ture urbaine, avait voulu donner à son Edit un effet rétroactif : *Qui plurimù tribuunt Edicto, Prætoris Edictum legem annuam dicunt esse. Tu Edicto pl complecteris quàm lege. Si finem Edicto Prætoris afferunt kalendæ januarii, c non initium quoque Edicti nascitur a kalendis januarii? An in eum annum pr gredi nemo poterit Edicto, quo prætor alius futurus est; in illum, quo ali prætor fuit, regredietur?* (2e act. contre Verrès, I, 42.)

(5) Cicéron en donne un exemple, 2e *action contre Verrès*, I, 44 *in fine*.

Le Préteur, lorsqu'une fois il avait proposé son Édit, devait-il nécessairement en appliquer les dispositions ? Il paraît qu'anciennement il lui était permis de revenir sur les règles qu'il avait d'abord indiquées : il pouvait proposer un deuxième Édit modifiant le premier. C'était une porte ouverte aux abus : un procès étant imminent entre deux personnes, le Préteur pouvait favoriser injustement l'une d'elles en accommodant à sa prétention l'Édit qui la contrariait. Aussi la loi Cornelia vint-elle, en 689 (peut-être 687), défendre au Préteur de modifier l'Édit qu'il avait proposé lors de son entrée en fonctions (1).

Après l'Édit des Préteurs urbain et pérégrin, Gaius (§ 6 *cit.*) mentionne celui des Présidents de provinces : les Présidents, dit Gaius, ont dans leurs provinces la même juridiction que les Préteurs ont à Rome. Lorsque les Romains avaient complétement triomphé d'un peuple et qu'ils voulaient le retenir sous leur domination, des légions restaient sur le territoire, et le chef militaire était investi en même temps de l'autorité civile. C'est ainsi que la Sicile, en 513, et la Sardaigne, en 519, furent réduites à l'état de provinces. A l'origine, c'est à un Préteur spécial qu'était confié le gouvernement d'une province; nous savons qu'ensuite il fut confié à un Propréteur, c'est-à-dire au citoyen qui venait d'exercer la préture à Rome. Vers la fin de la République, le principe est aussi pour les Consuls qu'ils restent à Rome pendant l'année de leur magistrature, et qu'ils vont ensuite faire la guerre ou gouverner des provinces en qualité de Proconsuls. — Le Proconsul et le Propréteur réunissaient en leur personne les pouvoirs qui à Rome

(1) Un scholiaste de Cicéron, Asconius, s'exprime ainsi au sujet de cette loi : *Aliam deindè legem Cornelius, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis, tulit, ut Prætores ex edictis suis perpetuis jus dicerent. Quæ res tùm gratiam ambitiosis Prætoribus, qui variè jus dicere solebant, sustulit.* Dans ce texte, l'expression *edicta perpetua* signifie que les dispositions de l'Edit dureront autant que la magistrature du Préteur qui l'a proposé, qu'elles ne pourront pas être modifiées par ce Préteur lui-même. D'autres entendent *edicta perpetua* comme synonyme de *edicta annua*, parce que l'Edit dont il s'agit, qui a une portée générale, est destiné à durer un an, par opposition à certaines mesures ayant un caractère tout spécial que le Préteur peut prendre *prout res incidit* et qu'on appelle aussi *edicta*. Enfin *edicta perpetua* est quelquefois synonyme de *edicta tralatitia* : voy. Aulu-Gelle, *Nuits att.*, XIII, 15.

étaient répartis entre différents magistrats (1). Du reste, ils pouvaient déléguer à leurs lieutenants (*legati*) leur *jurisdictio,* comme en général toute autre partie de leur autorité civile (2). — Déjà dans la loi ou dans le décret qui organisait une province il y avait des règles sur l'administration de la justice (3). Ces règles étaient ensuite complétées et développées par les Édits dans lesquels les Préteurs ou Propréteurs, à leur entrée en fonctions, exposaient les principes qu'ils entendaient suivre dans leur administration. Le droit privé et la procédure jouaient souvent un grand rôle dans ces Édits provinciaux ; quelquefois, du reste, l'Édit provincial reproduisait purement et simplement les Édits des deux Préteurs de Rome (4).

Enfin Gaius (§ 6 *cit.*) mentionne les Edits des Ediles curules (5). Les Ediles plébéiens avaient été institués en même temps que les tribuns du peuple; les Ediles curules furent institués en même temps que le *prætor urbanus,* lors de l'arrangement conclu entre les patriciens et les plébéiens par les soins du dictateur Furius (6). On avait d'abord admis que tous les deux ans les Ediles curules seraient pris *ex plebe;* bientôt il fut décidé qu'ils pourraient toujours être choisis parmi les plébéiens (7). En quoi consistaient les

(1) Il résulte de plusieurs textes du Digeste qu'il en était encore ainsi sous l'Empire. Voy. L. 7 § 2 *De officio Procons.* (1, 16); LL. 10 et 11 *De officio Præs.* (1, 18).

(2) Voy. le Titre du Digeste *De officio Procons.*, notamment la L. 4 § 6.

(3) Nous le savons positivement pour la Sicile. Cicéron cite des dispositions du décret rendu par Rupilius avec l'assentiment des dix commissaires nommés par le Sénat : 2e *act. contre Verrès,* II, 13 et 37.

(4) Il était naturel que le Propréteur modelât autant que possible l'Edit provincial sur l'Edit qu'il avait déjà fait étant Préteur. Voy. Cicéron, 2e *act. contre Verrès,* III, 65.

(5) Voy. aussi, aux Instit. de Justinien, le § 7 *in fine De jure nat., gent. et civ.*

(6) Voici comment Tite-Live explique l'institution des Ediles curules : *Ità ab diutinâ irâ tandem in concordiam redactis ordinibus, cùm dignam eam rem senatus censeret esse, meritòque id, si quandò unquàm aliàs, Deûm immortalium causâ libenter facturos fore ut ludi maximi fierent et dies unus ad triduum adjiceretur; recusantibus id munus Ædilibus plebis, conclamatum a patriciis est juvenibus se id honoris Deûm immortalium causâ libenter acturos, ut Ædiles fierent. Quibus cùm ab universis gratiæ actæ essent, factum senatusconsultum ut duoviros Ædiles ex Patribus dictator populum rogaret* (VI, 42). Niebuhr ne considère pas cette explication comme admissible.

(7) Voy. Tite-Live, VII, 1.

fonctions de ces nouveaux magistrats ? Ils devaient faire célébrer des jeux solennels en l'honneur de différentes divinités (1), prendre soin des édifices sacrés, pourvoir à l'approvisionnement de la ville, prendre toutes les mesures de police nécessaires pour assurer aux habitants la sécurité, la salubrité, etc. (2). Les Ediles curules étant spécialement chargés de la police des marchés, on en vint à considérer comme étant de leur compétence plutôt que de celle du Préteur les contrats qui d'habitude se font dans les marchés, notamment les ventes d'esclaves et d'animaux domestiques. Ainsi s'est formé le principe qu'en ce qui concerne les procès entre vendeur et acheteur de ces objets la *jurisdictio* appartient aux Ediles curules ; et, comme nous aurons occasion de le voir, c'est dans l'*Edictum ædilitium* qu'ont été posées successivement la plupart des règles si importantes sur la garantie due par le vendeur à l'acheteur (3).

5° *Les réponses des prudents.* — Pendant la période qui nous occupe, les *responsa prudentium*, c'est-à-dire les décisions ou les doctrines exprimées par les jurisconsultes, par les hommes qui avaient fait de la science du droit une étude particulière, n'ont pas encore, à proprement parler, une autorité légale : les jurisconsultes ne sont pas officiellement investis du pouvoir de poser des règles de droit. Mais la science du droit est pour les Romains une science nationale ; ils la tiennent en grand honneur, et reportent sur ceux qui la cultivent une bonne part de la considération qu'ils lui accordent. Aussi l'opinion d'un jurisconsulte connu et respecté a-t-elle dès lors, en

(1) Cicéron en donne l'énumération : 2° *action contre Verrès*, V, 14.

(2) *Nunc sum designatus Ædilis*, dit Cicéron (*loc. cit.*). *Habeo rationem quid a populo romano acceperim : mihi ludos sanctissimos.....; mihi sacrarum ædium procurationem, mihi totam urbem tuendam esse commissam.* Et ailleurs : *Suntoque Ædiles, curatores urbis, annonæ ludorumque solemnium* (*De legibus*, III, 3).

(3) Voy., au Digeste, le Titre *De ædilitio Edicto* (21, 1). Je me borne à citer ici la L. 63, dans laquelle le jurisconsulte Ulpien se demande pourquoi les Ediles curules ne se sont pas occupés du contrat de louage tout comme du contrat de vente. La raison en est que le louage ne se contracte pas d'habitude sur les places publiques, *quia non similiter locationes ut venditiones fiunt.*

Cicéron mentionne déjà l'*edictum Ædilium* comme réprimant la *fraus venditoris* dans les ventes d'esclaves (*De offic.*, III, 17).

fait sinon en droit, une importance considérable auprès de
Nous en avons une preuve décisive dans un passage de (
Sur un procès porté devant le tribunal des Centumvirs, l'
Crassus avait réussi à obtenir une sentence contraire à l'
du jurisconsulte Scévola : le soin que prend Cicéron d'ex
comment dans l'espèce les Centumvirs ont pu résister à l'
d'un jurisconsulte tel que Scévola montre clairement que
trines des jurisconsultes éminents étaient en général consac
les juges (1).

Le jurisconsulte Pomponius exprime clairement cette
idée que les *responsa prudentium* ne font point partie du *ju*
tum et que cependant elles ont une influence considérable s
ministration de la justice (2). Du reste, de ce qu'elles ne fo
partie du *jus scriptum* il faut se garder de conclure qu'elles
fondent absolument avec le droit coutumier. En réalité, l'in
tation des jurisconsultes et la coutume n'empruntent pas au
principe l'autorité dont elles jouissent auprès des juges. Ce
commande l'interprétation des jurisconsultes, c'est l'idée n
que celui qui a le plus étudié la loi est celui qui la connaît le
qui est au plus haut degré pénétré de son esprit, et que de
est à présumer que les décisions d'un jurisconsulte sont co

(1) *Ipse Crassus non ità causam apud centumviros egit, ut contrà juri*
diceret, sed ut hoc doceret, illud, quod Scævola defendebat, non esse ju
eam rem non solùm rationes afferret, sed etiam Q. Mucio, socero suo,
peritissimis hominibus auctoribus uteretur (*Pro Cæcinâ*, 24). Cicéro
d'ailleurs, de dire à son adversaire : *Illud in totâ defensione tuâ mih*
mirum videbatur, te dicere, jurisconsultorum auctoritati obtemperari
tere. Et il ajoute, un peu plus loin : *Qui interpretes juris vituperat,*
tos juris esse dicit, de hominibus, non de jure civili, detrahit; sin p
putat esse obtemperandum, non homines lædit, sed leges ac jura labefa

(2) Pomponius dit d'abord, après avoir parlé de la loi des Douze-Tal
legibus latis, cœpit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desider
dentium auctoritate necessariam esse disputationem fori. Hæc disputatio,
quod sine scripto venit compositum a Prudentibus, propriâ parte aliquâ
latur;... sed communi nomine appellatur JUS CIVILE (L. 2 § 5, D., *De o*
Puis, recherchant par quels modes s'établit la règle qu'observent les
commence ainsi : *In civitate nostrâ, aut jure, id est lege, constituitu*
proprium jus civile, quod sine scripto, in solâ Prudentium interpretatio
tit... (*eod.* L. 2 § 12). Je crois que le premier de ces textes a ét
altéré.

à cet esprit ; ce qui fait que la coutume est obligatoire, c'est qu'elle implique une volonté du peuple qui l'a laissée s'établir, du peuple qui est en définitive le souverain législateur (1). Voilà pourquoi j'ai jugé convenable de traiter à part, même en considérant notre deuxième période, des réponses des prudents et du droit coutumier, puisqu'il existe entre ces deux branches du *jus non scriptum* une nuance appréciable.

Nous avons plusieurs exemples de règles, même de théories juridiques d'une importance capitale, qui se sont établies et sont devenues obligatoires sous la République, *ex auctoritate prudentium*. Je me borne à citer ici le principe d'après lequel le citoyen qui fait son testament doit avoir soin d'instituer ou d'exhéréder les enfants qu'il a sous sa puissance (2).

Cette influence des jurisconsultes pouvait s'exercer de différentes manières. Comme autrefois les patriciens et les pontifes, qui possédaient seuls la science du droit, venaient en aide à leurs clients, de même les jurisconsultes assistent de leurs conseils ceux qui s'adressent à eux : ils répondent à leurs questions, rédigent leurs conventions et leur font prendre les sûretés convenables (3). Cicéron va jusqu'à dire que la maison du jurisconsulte *est sine dubio totius oraculum civitatis* (4) ; et Pomponius rapporte que Scipion Nasica reçut du peuple une maison *in sacrâ viâ quò faciliùs consuli posset* (5). Il paraît, du reste, qu'autrefois les jurisconsultes se promenaient dans le *forum* et que c'était là qu'on pouvait venir leur demander conseil (6). — Mais, indépendamment des consultations qu'ils donnaient ainsi, les jurisconsultes commencèrent de bonne heure à enseigner publiquement la science du droit et à composer

(1) Sur le droit coutumier, voy. ce que j'ai déjà dit ci-dessus, p. 19 et suiv.

(2) Pomponius fait certainement allusion à ce principe lorsqu'il dit, L. 120, D., *De verb. signif.* (50, 16) : *Verbis Legis* XII *Tabularum his*, UTI LEGASSIT SUÆ REI, ITA JUS ESTO, *latissima potestas tributa videtur;... sed id interpretatione coangustatum est, vel legum, vel auctoritate jura constituentium.*

(3) Voici comment Cicéron dépeint la vie du jurisconsulte : *Servius nobiscum hanc urbanam militiam respondendi, scribendi, cavendi, plenam sollicitudinis ac stomachi, secutus est; jus civile didicit; multùm vigilavit, laboravit; præstò multis fuit;... vixit ad aliorum arbitrium, non ad suum* (*Pro Murenâ*, 9).

(4) *De oratore*, I, 45.

(5) L. 2 § 37, D., *De orig. jur.*

(6) Cicéron, *De oratore*, III. 33.

des ouvrages. Quant à l'enseignement public, voici en quoi il a vraisemblablement consisté à l'origine : le jurisconsulte qui recevait ses clients admettait autour de lui un certain nombre de jeunes gens qui recueillaient ses réponses et probablement même pouvaient provoquer de lui de plus amples explications. Il paraît que Tiberius Coruncanius, le premier plébéien qui soit devenu *pontifex maximus* (vers la fin du v[e] siècle de la fondation de Rome), est aussi le premier jurisconsulte qui ait ainsi admis la jeunesse studieuse à profiter de ses réponses (1). C'est précisément de cette manière que Cicéron apprit le droit civil, à l'école de Q. Scévola (2). Quant aux ouvrages, les jurisconsultes commencent à en composer dès le vi[e] siècle, et l'importance de ces travaux est devenue considérable à la fin de la République : je citerai seulement les livres de Q. Mucius Scévola sur le droit civil (3), le commentaire très-concis de Servius Sulpicius sur l'Édit prétorien, le Digeste d'Alfenus Varus et le grand ouvrage d'Aulus Ofilius sur l'Édit prétorien (4). — Enfin les jurisconsultes ont dû contribuer pour une bonne part à la formation du droit romain en exerçant auprès des magistrats les fonctions d'assesseurs. Un citoyen étranger à la science du droit pouvait être nommé préteur, gouverneur de province, etc. : pour administrer la justice, probablement aussi pour composer son Édit, il prenait l'avis d'un *consilium* dans lequel étaient appelés des hommes expérimentés (5).

6° *La coutume*. — Nous savons déjà qu'une coutume constante

(1) C'est du moins ce que rapporte Pomponius : *Ex omnibus qui scientiam nacti sunt, antè Tib. Coruncanium publicè professum neminem traditur; cæteri autem ad hunc in latenti jus civile retinere cogitabant, solùmque consultatoribus vacare, potiùs quàm discere volentibus se præstabant* (L. 2 § 35, D., *De orig. jur.*).

(2) *Ego, juris civilis studio, multùm operæ dabam Q. Scævolæ, qui, quanquàm nemini se ad docendum dabat, tamen consulentibus respondendo, studiosos audiendi docebat* (*Brutus*, 89).

(3) *Quintus Mucius, Publii filius, pontifex maximus, jus civile primus constituit, generatim in libros XVIII redigendo* (L. 2 § 41, D., *De orig. jur.*). Cet ouvrage de Mucius Scévola est cité par Aulu-Gelle (*Nuits att.*, VII, 15).

(4) Voy. Pomponius, L. 2 §§ 42-44, D., *De orig. jur.* Spécialement en ce qui concerne Servius Sulpicius, voy. Cicéron, *Philipp.*, IX, 5; et *Brutus*, 41.

(5) *Le consilium prætoris* est mentionné par Tite-Live (XXXVIII, 60 *in fine*). Voy. encore Cicéron, 2[e] *act. contre Verrès*, I, 29; II, 29; V, 21.

atteste l'existence d'une règle de droit obligatoire (1). Cicéron met clairement sur la même ligne, au point de vue de leur caractère obligatoire, la règle écrite dans une loi et la règle constatée par la coutume (2). Ailleurs il indique bien ce qui constitue essentiellement la règle coutumière, lorsqu'il la définit ainsi : *quod in morem vetustas, vulgi approbatione, perduxit* (3). Nous trouvons chez les Romains des institutions civiles fort importantes qui appartiennent au droit coutumier, c'est-à-dire dont l'existence ne se rattache point à une loi écrite. Telles sont notamment : la prohibition des donations entre époux (4); la substitution pupillaire, c'est-à-dire la faculté pour un citoyen qui fait son testament de faire aussi celui de l'enfant impubère qu'il a sous sa puissance, en vue du cas où cet enfant ayant survécu à son père mourrait avant sa puberté (5); la possibilité pour un citoyen d'en faire entrer un autre dans sa famille par *adrogation* et d'acquérir ainsi tous ses biens (6).

Pour qu'une règle soit obligatoire, il suffit qu'elle soit passée dans la vie pratique à l'état de coutume constante. Mais il arrive souvent qu'à un moment donné le maintien de cette règle déjà existante va se trouver assuré d'une manière plus sensible. Ainsi d'abord cette règle peut entrer dans le *jus scriptum :* elle peut être consacrée dans une loi ou dans l'Édit du Préteur (7). Elle peut

(1) Voy. ci-dessus, p. 19 et suiv.

(2) LEGE *jus est id quod populi jussu sancitum est*... CONSUETUDINE *jus est id quod, sine lege, æquè ac si legitimum sit, usitatum est* (*Ad Herennium*, II, 13).

(3) *De inventione*, II, 54.

(4) *Moribus apud nos receptum est*, dit Ulpien, *ne inter virum et uxorem donationes valerent* : L. 1, D., *De don. int. vir. et ux.* (24, 1).

(5) *Moribus institutum est*, dit Justinien, *ut cùm ejus ætatis filii sint in quo ipsi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant* : Inst., pr. *in fine De pupill. substit.* (II, 16).

(6) ....*Successio quæ neque lege XII Tabularum, neque Prætoris edicto, sed eo jure quod consensu receptum est, introducta* : Inst. de Just., pr. *De adquis. per adrog.* (III, 10). Comp. Gaius, Comment. III, § 82.

(7) Cicéron dit, en parlant de la coutume (*consuetudo*) : *In eâ jura sunt quædam, ipsa jàm certa propter vetustatem; quo in genere et alia sunt multa, et eorum multò maxima pars, quæ Prætores edicere consuerunt* (*De invent.*, II, 22). Si les règles coutumières sont souvent consacrées par l'Edit, nous en voyons aussi que consacre une loi proprement dite : *Lege* XII *Tabularum*, dit Ulpien, *prodigo interdicitur bonorum suorum administratio; quod moribus quidem ab initio introductum est* : L. 1 pr., D., *De curatoribus furioso* (27, 10).

aussi, tout en continuant de faire partie du *jus non scriptum*, obtenir un plus haut degré de certitude par la circonstance que les juges en auront toujours fait l'application aux espèces qui se seront présentées devant eux (1).

TROISIÈME PÉRIODE.

César Octavien, resté seul maître du monde romain après la bataille d'Actium (an 723 de la fondation de Rome), ne fit pas un coup d'État pour convertir franchement le système républicain en système monarchique. Il conserva les dénominations républicaines; seulement il se fit attribuer en détail la somme des prérogatives et des pouvoirs attachés aux différentes magistratures du peuple romain. Mettant de côté le titre de *triumvir*, il ne retient d'abord que le pouvoir consulaire (2). Voici, d'après Dion Cassius, les autres fonctions auxquelles il se fit successivement appeler : C'est, en premier lieu l'*imperium proconsulare* sur tout le territoire soumis aux Romains, ce qui lui permet de commander à tous les gouverneurs de provinces. C'est ensuite la qualité d'*imperator*, laquelle n'est plus seulement, comme autrefois, un titre d'honneur décerné au général victorieux, mais désigne depuis Jules César le suprême pouvoir. En cette triple qualité de consul, proconsul, *imperator*, César Octavien a notamment le droit de lever des troupes, de percevoir des impôts, de conclure la paix et de déclarer la guerre; le droit de vie et de mort, même à Rome, même vis à vis des sénateurs et des chevaliers. Il est vrai qu'il ne se fit d'abord conférer le suprême pouvoir que pour dix ans, mais sauf à en obtenir ensuite le renouvellement.

Il manquait encore quelque chose au nouveau monarque. Il se fit conférer, à plusieurs reprises, les fonctions de censeur, ce qui lui permettait notamment de composer à son gré le Sénat, et il y joignit d'une manière spéciale la *præfectura morum*. Il se fit nommer

(1) De là les expressions suivantes : *contradicto judicio firmata consuetudo, rerum perpetuò similiter judicatarum auctoritas*. Voy. Ulpien et Callistrate, LL. 34 et 38, D., *De legibus* (1,3).

(2) *Posito triumviri nomine, Consulem se ferens*, dit Tacite (*Annales*, I, 2).

aussi *pontifex maximus*, de manière à tenir entre ses mains tout ce qui touche à la religion. Une puissance plus importante encore, c'est la puissance tribunitienne, qui assure l'inviolabilité de celui qui en est investi et qui lui permet d'intervenir en toute matière : César Octavien se fit nommer tribun à vie. Enfin, l'an 727, il reçoit, aux acclamations du Sénat et du peuple, le nom d'*Augustus*, que jusqu'alors on donnait seulement aux dieux et aux *res divinæ* (1).

Bien qu'Auguste eût concentré en sa personne toutes les anciennes magistratures, il laissa cependant subsister au-dessous de lui des consuls, des tribuns du peuple, etc.; mais on comprend que de leur ancienne autorité ils conservèrent seulement ce qui ne contrariait pas le nouvel ordre de choses. Ainsi les consuls sont réduits à la présidence du Sénat et à une certaine *jurisdictio*. Du reste, déjà depuis l'an 715, ils n'étaient plus nommés pour une année entière, mais pour deux mois; nous voyons que, chaque année, ceux qui exercent leurs fonctions les premiers donnent encore leur nom à l'année, et que ceux qui viennent ensuite sont appelés *consules suffecti*.

Les premiers successeurs d'Auguste se conformèrent à sa politique. Nominalement la souveraineté réside dans le peuple, qui l'exerce par l'intermédiaire du Sénat : les empereurs affectent de proclamer qu'ils ne sont que les ministres du Sénat; c'est le Sénat qui confère l'Empire. Mais les institutions républicaines sont de plus en plus paralysées par l'ascendant du prince : dès le deuxième siècle de l'ère chrétienne, la déchéance du peuple est consommée. Les empereurs alors peuvent jeter le masque : le système de gouvernement apparaît comme une monarchie absolue, et bientôt arrive le despotisme militaire.

Voyons sous cette troisième période ce que sont devenues les sources du droit précédemment étudiées et s'il n'y a pas des sources nouvelles qu'il faille maintenant ajouter à celles-là.

1° *La loi*. — Nous savons que déjà sous la République le peuple a cessé de se réunir dans des comices par curies : donc évidemment

(1) Voy. Festus, v° *Augustus*.

aucune *lex curiata* proprement dite n'a pu être rendue sous l'Empire (1).

Quant aux comices par centuries, ils subsistèrent encore quelque temps. Auguste, il est vrai, leur enleva le droit qu'ils avaient de statuer sur certaines accusations. Mais il leur rendit le droit de nommer les magistrats, droit qui avait été transporté d'abord à Jules César, puis aux triumvirs; seulement, il décida, sous prétexte de faciliter le vote, que les décurions des colonies italiennes ne seraient pas obligés de venir voter à Rome, mais qu'ils pourraient envoyer leur suffrage par écrit. Du reste, Auguste pesa souvent sur les comices en recommandant ses candidats; quelquefois même il nomma directement les magistrats. Tibère, conformément aux instructions laissées par Auguste, enleva aux comices le pouvoir électif dont il s'agit: ce pouvoir fut transféré au Sénat, qui l'exerça en tenant compte des recommandations de l'Empereur, et les comices furent seulement appelés pour la forme à confirmer le choix du Sénat (2).

Sous le règne d'Auguste, plusieurs lois importantes furent encore votées par les comices. J'en citerai seulement quelques-unes: La loi Julia *de maritandis ordinibus*, qui paraît avoir été promulguée en 736, et qui, complétée en 762 sur la proposition des consuls Papius et Poppæus, prit le nom de *lex Julia et Papia Poppæa;* la loi Julia *de adulteriis* (en 737), qui pose le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal; la loi Ælia Sentia *de manumissionibus* (en 757); enfin la loi Julia *de vicesimâ* (en 759), qui établit l'impôt du vingtième sur les successions recueillies par des citoyens romains. Même sous les successeurs d'Auguste, quelques lois furent encore rendues : ainsi Ulpien parle d'une loi Visellia (3), qui paraît être du règne de Tibère (peut-être de l'an 777); Gaius parle d'une loi Claudia *de mu-*

(1) L'adrogation exige bien encore une *lex curiata*; mais, à côté des pontifes, figurent trente licteurs qui représentent les trente curies.

(2) C'est à cela que se réfère le passage, si souvent cité, de Tacite : *Tùm primùm è Campo comitia ad Patres translata sunt : nàm, ad eam diem, etsi potissima arbitrio Principis, quædam tamen studiis tribuum fiebant. Neque populus ademptum jus questus est, nisi inani rumore...* (*Annales*, I, 15).

(3) *Militiâ jus Quiritium accipit Latinus, si inter vigiles Romæ sex annis militaverit, ex lege Viselliâ* (*Fragm. d'Ulp.*, III, 5).

lierum tutelâ (1), qui est sans doute du règne de Claude; enfin le jurisconsulte Callistrate parle d'une *lex agraria quam D. Nerva tulit* (2), et Nerva régnait à la fin du premier siècle de l'ère chrétienne. Si les comices ont réellement eu part aux dernières lois qui viennent d'être citées, il faut du moins reconnaître que très-probablement leur participation s'est bornée à ratifier un sénatusconsulte, comme quand il s'agissait de l'élection des magistrats. Du reste, cette participation telle quelle des comices sert à expliquer comment Gaius, qui vivait sous le règne de Marc-Aurèle, emploie le présent quand il parle de la loi comme quand il parle du sénatusconsulte : *Lex est quod populus* JUBET *atque* CONSTITUIT (3).

2° *Le plébiscite.* — Ce qui vient d'être dit touchant les lois peut s'appliquer également en ce qui concerne les plébiscites. Il est probable que, dès le commencement de l'Empire, les comices par tribus cessèrent d'exercer effectivement la puissance législative; mais il est probable aussi que leur droit à cet égard ne fut pas expressément supprimé, et même peut-être qu'ils furent quelquefois réunis pour avoir l'air de décider quelque chose. En effet, d'une part, nous ne connaissons d'une manière certaine aucun plébiscite comme ayant été rendu depuis Auguste; et, d'autre part, Gaius, à propos du plébiscite, de même qu'à propos de la loi, parle encore au présent : *Plebiscitum est quod plebs* JUBET *atque* CONSTITUIT (4).

3° *Le sénatusconsulte.* — De même que dans les derniers siècles de la République les règles de droit privé dérivent surtout de plébiscites, de même dans les premiers siècles de l'Empire elles dérivent surtout de sénatusconsultes. Et cela s'explique aisément, parce que, si l'Empereur ne voulait pas supprimer ouvertement les institutions républicaines et se proclamer lui-même le souverain législateur, en fait l'exercice de sa toute-puissance n'avait rien à craindre

(1) Gaius, Comment. I, §§ 157 et 171. Cette *lex Claudia* est peut-être un sénatusconsulte : Tacite (*Annales*, XI, 13) appelle *lex* le sénatusconsulte Macédonien.

(2) L. 3 § 1, D., *De termino moto* (47, 21).

(3) Comment. I, §§ 3 et 4.

(4) Justinien, dans ses Institutes (§ 4 *De jure natur., gent. et civ.*), a mis l'imparfait là où Gaius avait mis le présent : *quod populus, quod plebs* CONSTITUEBAT.

d'un Sénat toujours docile à ses volontés : en faisant rendre les lois par le Sénat, il donnait donc pleine satisfaction à ses desseins. On a cependant voulu expliquer autrement la substitution du Sénat aux comices dans l'exercice du pouvoir législatif : *Quia difficilè plebs convenire cœpit*, dit Pomponius (1), *populus certè multò difficiliùs in tantâ turbâ hominum, necessitas ipsa curam reipublicæ ad Senatum deduxit : ità cœpit Senatus se interponere*. Justinien reproduit cette explication : *Cùm auctus esset populus romanus*, est-il dit aux Institutes (2), *in eum modum ut difficile esset in unum eum convocari legis sanciendæ causâ, æquum visum est Senatum vice populi consuli*. Que penser de cette explication? Je me bornerai à reproduire ici ce qu'en dit Hotmann (3) : *Quo nihil obtusius dici potest : non enim propter civium copiam populi potestas ad Senatum translata est, sed Cæsarum astutiâ et calliditate, qui, Senatûs augendâ potentiâ, suæ serviebant.*

Gaius admet bien que le sénatusconsulte a force de loi, *legis vicem obtinet;* mais il ajoute que cela avait fait question, *quamvis fuerit quæsitum* (4). Est-il croyable que cela ait fait question sous l'Empire? Non : qui donc sous l'Empire aurait osé contester la puissance du Sénat? Je suis disposé à entendre le texte de Gaius en ce sens que sous la République certains sénatusconsultes auront touché à des matières de droit privé, et qu'alors il se sera trouvé quelque jurisconsulte pour prétendre que le Sénat n'avait pas mission de régler des points de ce genre.

Quelques mots sur la composition du Sénat et sur la manière dont se font les sénatusconsultes :

L'Empereur, en sa qualité de Censeur, fait entrer dans le Sénat ou en fait sortir qui bon lui semble; seulement, le titre de sénateur suppose un certain âge et une certaine fortune (5). Il paraît qu'après Auguste le nombre des sénateurs fut illimité.

(1) L. 2, § 9, D., *De orig. jur.*

(2) § 5 *De jure natur., gent. et civ.*

(3) François Hotmann, l'un des plus illustres savants du XVIe siècle.

(4) Ulpien paraît aussi faire allusion à un doute qui aurait existé sur ce point, lorsqu'il dit : *Non ambigitur Senatum jus facere posse* (L. 9, D., *De legibus*).

(5) L'*ætas senatoria*, qui était d'abord de 30 ans, fut ensuite fixé à 25 ans accomplis. Quant au *census senatorius*, qui a beaucoup varié, le jurisconsulte Gaius y fait allusion lorsqu'il nous dit qu'Antonin le Pieux a permis à la femme de faire donation au mari *laticlavii petendi gratiâ :* L. 42, D., *De don. int. vir. et ux.* (24, 1).

Aux termes d'une décision d'Auguste, les sénateurs doivent se réunir aux kalendes et aux ides de chaque mois, à l'exception des mois de septembre et d'octobre ; une peine sévère est infligée à ceux qui ne se présentent pas. En principe, c'est un consul qui préside : par conséquent, l'empereur peut présider quand il a obtenu le consulat. Le président a le droit de consulter le Sénat sur toute affaire ; l'Empereur, en vertu de la *tribunitia potestas*, et, par conséquent, lors même qu'il ne préside pas, est investi du même droit. Ordinairement, la proposition impériale, rédigée par écrit et accompagnée d'un exposé de motifs (*oratio* ou *epistola Principis*), est lue au Sénat par un délégué (1) ; et, comme le Sénat ne manque jamais d'y donner son approbation, on s'est habitué naturellement à employer comme synonymes les expressions *oratio Principis* et *senatusconsultum* : le sénatusconsulte n'est autre chose que la proposition impériale revêtue d'une certaine forme, d'une approbation qui, en quelque sorte, est de style (2).

Je ne veux pas énumérer ici les nombreux sénatusconsultes relatifs au droit privé qui datent des premiers siècles de l'Empire ; j'aurai plus tard l'occasion d'en parler avec détails. Je ferai seulement remarquer que les plus récents sont du règne d'Antonin Caracalla (de l'an 211 à l'an 217 de l'ère chrétienne) : à partir de cette époque, les empereurs exercent directement par eux-mêmes le pouvoir législatif.

4° *Les Edits des magistrats.* — Sous les premiers empereurs, les Préteurs, les Ediles curules, les Gouverneurs de provinces, continuent de publier des Edits à leur entrée en fonctions (3).

Quant aux Préteurs, Pomponius nous dit que de son temps (c'est-à-dire sous le règne de Marc-Aurèle) il y en a dix-huit *qui in civitate jus dicunt.* Ils présidaient toujours, comme sous la Répu-

(1) *Ex quæstoribus*, dit Ulpien, *quidam sunt qui* CANDIDATI PRINCIPIS *dicebantur quique epistolas ejus in Senatu legunt* : L. 1 § 4, D., *De officio quæstoris* (1, 13).

(2) Je citerai seulement un exemple. Ulpien, dans la L. 8 pr., D., *De transact.* (2, 15), s'exprime ainsi : *Divus Marcus, oratione in Senatu recitatâ, effecit ne aliter alimentorum transactio rata esset quàm si auctore Prætore facta.*

(3) Il est question, au Digeste de Justinien, d'une disposition contenue dans

blique, les *quæstiones* ou tribunaux criminels. Parmi eux, quelques-uns avaient été institués par les empereurs spécialement pour certaines natures d'affaires : ainsi il y avait un *prætor fideicommissarius*, un *prætor tutelaris*, un préteur chargé de statuer sur les procès entre le fisc et les particuliers (1).

Sous le règne d'Adrien, les dispositions contenues dans les Edits des différents Préteurs qui s'étaient succédé pendant plusieurs siècles formaient naturellement une masse énorme dans laquelle il devait être à peu près impossible de se reconnaître. Un jurisconsulte éminent, Salvius Julianus, entreprit, à cette époque, sur le droit prétorien, un travail d'une importance particulière. Avant de chercher à déterminer exactement la nature de ce travail, je veux passer en revue les principaux textes anciens dans lesquels il en est fait mention. Je trouve, en premier lieu, un auteur du IVe siècle, Eutrope, qui dans son *Breviarium historiæ romanæ* (VIII, 17), après avoir parlé de l'empereur Pertinax, s'exprime ainsi : *Post eum Salvius Julianus rempublicam invasit* (2), *vir nobilis et jure peritissimus, nepos Salvii Juliani, qui sub divo Hadriano perpetuum composuit edictum.* Un autre historien de la même époque, Aurelius Victor dit, en parlant de notre jurisconsulte, qu'il confond avec l'empereur, son petit-fils (*De Cæsaribus*, 19) : *Primus edictum, quod varie inconditèque a Prætoribus promebatur, in ordinem composuit.* Voici maintenant ce que je trouve de plus important dans les compilations de Justinien : 1° Salvius Julianus ne fut pas seulement un grand jurisconsulte (3), il exerça les fonctions de Préteur et de Consul (4) ; — 2° Salvius Julianus ajouta dans l'Edit prétorien tout

l'Edit qu'Antonin avait publié comme proconsul d'Asie avant de parvenir à l'Empire. Voy. L. 6 pr. *De custodiâ et exhibit. reor.* (48, 3).

(1) L. 2 § 32, D., *De orig. jur.*; *Fragm. Vatic.*, §§ 232 et suiv.

(2) Il s'agit de celui que les historiens appellent *Didius Julianus*, qui régna pendant sept mois l'an 193 de l'ère chrétienne.

(3) Il figure le dernier sur la liste que nous donne Pomponius : L. 2 § 47, D. *De orig. jur.*

(4) Voy. L. 5, D., *De manum. vind.* (40, 2). Ce texte nous apprend, de plus, que Javolenus avait été *præceptor* de Julien.

Spartien commence ainsi sa biographie de l'empereur Didius Julien : *Didio Juliano, qui post Pertinacem imperium adeptus est, proavus fuit Salvius Julianus, bis Consul, præfectus urbi, et jurisconsultus.*

au moins une disposition nouvelle (1) ; — 3° Justinien désigne Salvius Julianus par la dénomination de *prætorii edicti ordinator* (2) ; — 4° Justinien, dans deux Constitutions dont l'une sert de préface à son Digeste (3), raconte que l'empereur Adrien rédigea et résuma l'Edit avec l'aide de Salvius Julianus, et qu'à la suite de ce travail il intervint un sénatusconsulte (4).

Tâchons maintenant de reconnaître quel est le véritable caractère du travail de Salvius Julianus. On a présenté sur ce point un assez grand nombre de systèmes. Ils peuvent être ramenés à trois principaux, que nous allons successivement indiquer et apprécier :

1° On a dit que le travail de Salvius Julianus était simplement l'œuvre d'un jurisconsulte et non l'acte officiel d'un magistrat (5) : alors l'*Edictum perpetuum* rédigé sous le règne d'Adrien ne serait autre chose que le Digeste de Julien dont tant d'extraits figurent au Digeste de Justinien : ce serait un ouvrage destiné à faire connaître les principales dispositions du droit prétorien, les principales

(1) Marcellus, dans la L. 3, D, *De conjung. cum emancip. liberis* (37, 8), donne une décision, qu'il motive ainsi : *propter id caput Edicti quod a Juliano introductum est, id est ex novâ clausulâ.* Et Ulpien, L. 1 § 13 *De ventre in poss. mitt.* (37, 9), appelle *novum edictum* la disposition que Marcellus vient d'appeler *nova clausula.*

(2) Dans la L. 10, C., *De condict. indeb.* (4, 5).

(3) La Constitution *Tanta* et la Constitution *Dedit nobis* : LL. 2 et 3, C., *De veteri jure enucleando* (1, 17).

(4) Constitution *Tanta*, § 18 : *Non desperamus quædam posteà emergi negotia quæ adhuc legum laqueis non sunt innodata. Si quid igitur tale contigerit, augustum imploretur remedium... Et hoc non primùm a nobis dictum est, sed ab antiquâ descendit prosapiâ : cùm et ipse Julianus, legum et edicti perpetui subtilissimus conditor, in suis libris hoc retulit ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur; et non ipse solus, sed et divus Hadrianus, in compositione Edicti, et Senatusconsulto quod eam secutum est, hoc apertissimè definivit ut, si quid in Edicto positum non invenitur, hoc ad ejus regulas ejusque conjecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas.*

Constitution *Dedit nobis*, § 18 : ... *Divus Hadrianus, piæ memoriæ, quandò ea quæ a Prætoribus quotannis edicta fuerant, brevi complexus est libello, adsumpto ad id optimo Juliano, in oratione quam in commune habuit in seniore Româ, hoc ipsum quoque ait : ut, si quid, præter id quod jàm ordinatum est emerserit, conveniens est eos qui in magistratu sunt illud conari decidere et remedium imponere, secundùm eorum quæ jàm ordinata sunt consequentiam.*

(5) On peut invoquer en ce sens les expressions d'Eutrope et d'Aurelius Victor, *composuit* ou *in ordinem composuit edictum,* et même celles de Justinien, *prætorii edicti ordinator.*

questions auxquelles elles peuvent donner lieu, et contenant de plus un exposé sommaire des règles du droit civil sur quatre matiè res qui très-anciennement présentaient déjà une importance capi tale (1). — Cette première opinion, qui paraît bien être celle de Cujas (2), est absolument inadmissible. En effet, si le jurisconsulte Julien s'était borné à composer un livre sur le droit prétorien, s'i n'avait point participé à un travail officiel, ayant dans une certaine mesure force de loi, on ne comprendrait pas qu'une nouvelle dispo sition prétorienne (*novum edictum*) eût été introduite par Julien, on ne comprendrait pas non plus qu'un sénatusconsulte eût été rendu à la suite de son travail et probablement pour le confirmer.

2° On a dit que, Salvius Julianus ayant été appelé aux fonction de Préteur, l'empereur Adrien l'avait invité à dresser un tableau de toutes les règles prétoriennes bonnes en elles-mêmes et encore sus ceptibles d'application ; que, ce travail une fois terminé, l'empereu se l'était en quelque sorte approprié et l'avait fait approuver pa le Sénat; qu'enfin, à partir de ce moment, les Préteurs avaien perdu le droit de faire des Édits destinés à venir modifier le droi prétorien tel qu'il se trouvait arrêté dans l'édit de Salvius Julianus édit qui aurait ainsi été appelé *perpetuum* comme contenant la der nière expression possible du droit prétorien. — Je me borne à signale deux objections qui me paraissent décisives contre ce système. L première, c'est qu'il n'y a aucune trace dans les historiens ni dans le jurisconsultes d'un acte législatif qui serait venu supprimer expres

(1) Il paraît certain que le *Digeste* de Julien était surtout une expositio méthodique des dispositions prétoriennes. Le Digeste de Justinien contient u seul fragment de Julien qui, d'après son *inscriptio*, aurait été tiré d'un com mentaire sur l'Edit : c'est la L. 1 *De his qui not. infamiâ* (3, 2). Ce commen taire sur l'Edit n'est pas autre chose que le Digeste de Julien : en effet, l'*Inde justinianeus*, contenant la liste de tous les ouvrages d'anciens jurisconsult employés par Justinien dans la composition de son Digeste, met bien sous nom de Julien un Digeste, mais non un commentaire sur l'Edit. — Maintenan que le Digeste de Julien s'occupât de quatre matières de droit civil (dot, tutell testament, legs), cela résulte positivement d'un passage de l'introduction d πρόχειρος νόμος des empereurs Basile, Constantin et Léon, publié en 1837 pa Zachariæ. Ce passage est rapporté dans l'ouvrage de Puchta (*Cursus der Insti tutionen*, t. I, p. 569, note).

(2) Voy. ce qu'il dit en tête de ses *Recitationes solemnes* sur le Digeste d Salvius Julianus.

sément pour les Préteurs le *jus edicendi*. La deuxième, c'est que Gaius, qui vivait quelques années après le règne d'Adrien, dit encore très-positivement et en termes très-généraux (Comment. I, § 6): *Jus edicendi habent magistratus populi romani*.

3° Enfin l'opinion à laquelle je crois devoir me ranger se rapproche beaucoup de la précédente. J'admets que l'*edictum perpetuum* de Salvius Julianus est un véritable Édit prétorien, qui, indépendamment de la force exécutoire qu'il pouvait déjà obtenir comme tel, en a reçu une incontestable de la consécration particulière du Sénat; j'admets aussi que le droit prétorien a trouvé son développement définitif dans l'Edit de Salvius Julianus, et que les magistrats subséquents s'en sont tenus aux règles qu'il contenait. Seulement, je ne vois pas là le résultat d'une loi ou d'un sénatus-consulte qui aurait, par une disposition formelle, enlevé aux Préteurs un droit dont ils étaient jusqu'alors restés investis (1). Comme nous l'avons vu, la politique d'Auguste et de ses premiers successeurs a été de conserver les magistratures républicaines avec leurs anciennes attributions, sauf à s'arranger de telle manière qu'en

(1) Encore une fois, si une pareille disposition fût intervenue sous le règne d'Adrien, Gaius ne s'exprimerait pas comme il le fait, au § 6 de son Commentaire I. On a cependant essayé de concilier ce texte de Gaius avec la doctrine que je combats. Voici comment :

« Gaius, a-t-on dit, exprime l'idée que les Gouverneurs de provinces promulguent l'Edit des Préteurs de Rome; que, de plus, dans les provinces du peuple romain, où il y a des questeurs, ceux-ci promulguent l'Edit des Ediles. Ni les Gouverneurs ni les Questeurs ne peuvent rien changer aux dispositions de l'Edit arrêté à Rome; mais, comme ils publient et font exécuter cet Edit, il est encore permis de dire qu'ils ont le *jus edicendi*, d'autant mieux qu'ils peuvent toujours statuer sur les cas particuliers auxquels aucune règle de l'Edit général ne paraît applicable. Quant aux Préteurs, ils ont le *jus edicendi* dans le même sens : il leur est bien défendu de modifier les dispositions arrêtées par Salvius Julianus, mais enfin ils promulguent un Edit, l'*Edictum perpetuum*, et statuent par des édits spéciaux sur les cas particuliers non prévus par l'Edit général. » Voy. Puchta, *Cursus der Institutionen*, t. I, p. 565 et suiv.

Je ne m'arrête pas à ce que cette interprétation a d'arbitraire et de forcé. Je me borne à une observation qui me paraît à la fois très-simple et très-péremptoire : évidemment, si sous le règne d'Adrien défense expresse avait été adressée aux magistrats de rien changer à l'Edit de Salvius Julianus, cela aurait constitué dans leurs attributions une révolution telle qu'on n'aurait pas continué à dire d'eux ce qu'on disait auparavant : *jus edicendi habent*. Tout au moins Gaius n'aurait pas manqué de faire remarquer que depuis Adrien le *jus edicendi* n'est plus ce qu'il était autrefois.

fait ces attributions ne fussent réellement plus exercées. On n'enlève donc pas légalement aux Préteurs le *jus edicendi ;* mais ce droit, qui ressemble beaucoup à la puissance législative, est évidemment incompatible dans son exercice avec le nouvel état de choses : on peut être certain qu'il ne se trouvera pas un Préteur pour oser comme tel et sans la permission de l'Empereur poser de nouvelles règles. Ainsi le Préteur qui entre en fonctions ne manque pas de *proponere edictum :* le peuple a la satisfaction de le voir faire ce qui se faisait sous la République ; mais, au fond, ce Préteur n'est qu'un compilateur qui recueille péniblement dans les Edits de ses prédécesseurs les règles à la fois les plus utiles et les moins susceptibles de porter ombrage au monarque. C'était là une habitude parfaitement prise à l'époque d'Adrien. Salvius Julianus, un grand jurisconsulte, étant parvenu à la Préture, l'occasion parut excellente pour faciliter la tâche de ses successeurs, pour leur épargner l'embarras des recherches dans d'innombrables Edits : l'Edit prétorien ayant une fois été composé avec soin par un jurisconsulte éminent, qui donc après lui pourrait avoir l'idée de refaire son travail? De plus, Salvius Julianus, nous l'avons déjà remarqué, mit un peu du sien dans l'Edit; et, comme ceci était absolument contraire à l'usage depuis longtemps suivi, le Sénat donne son appro bation et prévient par là toute difficulté. Ainsi, en droit pur, les attributions du Préteur sont restées, sous l'Empire et même depuis Adrien, ce qu'elles étaient sous la République; en fait, sous l'Empire le Préteur n'a pas introduit de nouvelles règles de droit, et partir d'Adrien l'Edit de Salvius Julianus a été l'Edit invariablement adopté par tous les Préteurs (1).

(1) Par là s'explique facilement que sous l'Empire les changements apport au droit prétorien résultent d'une loi ou d'un rescrit impérial. Voy. Gaius Comment. II, §§ 120 et 126; Comment. III, § 52. Voy. aussi Ulpien, L. 12 pr., D *De injusto, rupto, irrito facto test.* (28, 3).

Puchta, qui prétend qu'Adrien a dû défendre expressément qu'aucune modification pût être faite par les Préteurs futurs à l'Edit de Salvius Julianus, fonde notamment sur les derniers mots du § 18 de la Constitution *Tanta* (ci-dessus, p. 85, note 4). En admettant même que la citation de Justinien soit fidèle, j'y vois seulement la preuve qu'Adrien ne veut pas que le Préteur qui aura une fois adopté l'Edit de Salvius Julianus puisse ensuite s'en écarter quand il se présentera une espèce prévue par cet Edit. Voy. Puchta, *op. cit.*, t. p. 568.

L'Edit perpétuel de Salvius Julianus paraît avoir contenu seulement des règles établies par le *Prætor urbanus* (1). Mais il est bien entendu que, sous l'Empire, le *prætor peregrinus*, pas plus que le *prætor urbanus*, n'osa désormais introduire des règles nouvelles : à partir d'Auguste, c'est au fond le même Édit que promulguèrent successivement les différents *prætores peregrini*. Chose remarquable, du reste ! tandis que les jurisconsultes les plus éminents, à commencer par Gaius, composèrent des commentaires *ad Edictum prætoris urbani*, nous ne voyons pas que l'Édit du *prætor peregrinus* ait été jugé digne du même honneur.

L'observation qui vient d'être faite au sujet de l'Édit du *prætor peregrinus* s'applique en partie à l'Édit des Ediles curules : les règles de droit que contient ce dernier Édit ne paraissent pas avoir été notablement modifiées ou complétées sous l'Empire, elles ne paraissent pas non plus avoir fait partie de l'Édit de Salvius Julianus ; mais les principaux jurisconsultes romains les avaient commentées, probablement à la suite de leurs commentaires sur cet Édit de Salvius Julianus (2).

Dans toutes les provinces de l'Empire, le Gouverneur promulguait un Édit analogue à celui des Préteurs de Rome. Nous n'avons point de documents précis qui prouvent que ces Édits des Gouverneurs aient été l'objet d'un travail semblable à celui que Salvius Julianus fit pour les Édits prétoriens ; mais, comme le dit M. Walter (liv. II, § 440), il est probable que, les différentes provinces étant arrivées à une condition à peu près identique, les mêmes règles se retrouvèrent dans tous les Édits provinciaux et formèrent, en quelque sorte, le droit commun des provinces. Ainsi s'explique que Gaius ait composé un commentaire sur l'Édit provincial, *ad Edictum provinciale*. — Dans les provinces du peuple romain, c'est-à-dire dans les provinces plus anciennement soumises et par conséquent plus tranquilles, il y avait des questeurs, qui remplissaient notamment les fonctions exercées à Rome par

(1) La question est cependant controversée. Voy. M. Walter, *op. cit.*, liv. II, § 440, note 19.

(2) Voy. le § 4 de la Constitution *Omnem reipublicæ* (une des préfaces du Digeste de Justinien). Voy. aussi l'*inscriptio* de plusieurs fragments de Gaius de Paul et d'Ulpien, au Titre *De ædil. edicto* (21, 1).

les Édiles curules ; dans les provinces de César, le président con-centrait en sa personne tous les pouvoirs, et n'avait pas à côté de lui des questeurs. Dans ces dernières provinces comme dans les autres, on suivait des règles analogues à celles qu'avaient intro-duites les Édiles curules; seulement, dans les provinces du peuple ces règles faisaient l'objet d'un Édit spécial, tandis que dans les provinces de César elles se trouvaient dans l'Édit général du prési-dent (1). Théophile, dans sa paraphrase des Institutes de Justinien (liv. I, tit. II, § 7), dit positivement que les Édits des Préteurs et des Édiles curules étaient observés dans les provinces (2) ; tout ce qui cela signifie, c'est qu'en fait les dispositions de ces Édits étaient empruntées par les présidents et par les questeurs (3).

L'autorité, la juridiction des magistrats de Rome, et particuliè-rement des Préteurs, ne s'étendait pas sur toute l'Italie ; mais, d'un autre côté, l'Italie n'était point une province soumise à un prési-dent. Je me bornerai ici à dire qu'Auguste avait divisé l'Italie jus-qu'aux Alpes en onze régions ; qu'Adrien la divisa en quatre par-ties et plaça un *consularis* à la tête de chacune ; que Marc-Aurèle établit des *juridici* pour rendre la justice à la place de ces *con-sulares* (4) ; qu'enfin, vraisemblablement à partir d'Aurélien, le territoire compris dans les cent premiers milles autour de Rome fut soumis au Préteur et au Préfet de la ville, tandis que les autres parties de la Péninsule furent placées sous la direction de *correc-tores* et administrées comme les provinces (5).

Il me reste à parler de deux magistratures, qui, si elles n'étaient pas absolument inconnues sous la République, ont pris du moins sous les empereurs une importance de plus en plus considérable il s'agit des fonctions de *præfectus urbi* et de *præfectus prætorio*

(1) Voy. Gaius, Comment. I, § 6. J'aurai occasion de revenir sur la distinc-tion des provinces : comp. dès à présent Gaius, Comment. II, § 21.

(2) Τὰ δὲ τουτων ἔδικτα εκράτει καὶ ἐν ταῖς ἐπαρχίαις.

(3) Suivant Puchta, il y aurait eu là pour les présidents et pour les questeurs une véritable obligation. Comp., ci-dessus p. 87, note.

(4) «Marc-Aurèle, dit l'historien J. Capitolinus, *datis iuridicis Italiæ consuluit ad id exemplum quo Adrianus consulares viros reddere jura præceperat* » (*M. Antoninus philosophus*, 11).

(5) Flavius Vopiscus dit, en parlant d'Aurélien : *Tetricum triumphatum cor-rectorem Lucaniæ fecit* (*Divus Aurelianus*, 39).

La fonction de *præfectus urbi* fut établie, d'une manière permanente, par Auguste (1). Ce *præfectus urbi* avait tout pouvoir pour assurer le maintien de la paix publique ; il avait compétence relativement à toutes choses qui peuvent exciter des troubles populaires. De plus, il participait à l'administration de la justice, notamment en matière criminelle (2). Quant au *præfectus prætorio,* il fut d'abord nommé par Auguste pour commander la garde impériale. A partir de Tibère, son autorité s'accrut tellement qu'il devint peu à peu le premier personnage de l'État après l'empereur (3). Ainsi le préfet du prétoire est consulté sur toutes les affaires d'État, et les jugements dont on appelle à l'empereur lui sont soumis (4) ; les sentences qu'il rend lui-même ne sont point susceptibles d'appel (5). Enfin l'influence qu'exerce le préfet du prétoire sur toute l'administration le conduit naturellement à faire des rescrits généraux et des règlements pour les personnes qui dépendent de lui ; et l'empereur Alexandre Sévère confirme expressément la force obligatoire de ces actes (6).

5° *Les réponses des prudents.* — Comme nous l'avons vu en étudiant la période précédente, les réponses des prudents peuvent constituer des règles qui appartiennent au *jus non scriptum :* Pomponius le dit dans les termes les plus formels (7). D'un autre côté, Justinien indique expressément les *responsa prudentium* comme rentrant dans le *jus scriptum* (8). Pour faire disparaître cette con-

(1) Voy. Tacite, *Annales,* VI, 10 et 11. Tacite dit, en parlant du pontife Pison mort sous Tibère : *Decus triumphale in Thraciâ meruerat; sed præcipua ex eo gloria quòd, præfectus urbi, recens continuam potestatem et insolentiâ parendi graviorem, mirè temperavit.*

(2) Voy., pour les détails, le Titre du Digeste *De officio præfecti urbi* (I, 12).

(3) L. 1 pr., D., *De officio præfecti prætorio* (1, 11).

(4) J. Capitolinus dit, en parlant de Marc-Aurèle : *Habuit secum præfectos, quorum et auctoritate et periculo semper jura dictavit* (*M. Ant. philos.*, 11).

(5) L. 1 § 1, D., *De off. præf. præt.*

(6) *Formam a Præfecto prætorio datam,* dit l'empereur, *etsi generalis sit, minimè Legibus vel Constitutionibus contraria, si nihil posteà ex auctoritate meâ innovatum est, servari æquum est.* L. 2, C., *De off. præf. prætoriorum* (1, 26).

(7) L. 2 §§ 5 et 12, D., *De orig. jur.*

(8) § 3, Inst., *De jure natur., gent. et civ.*

tradiction apparente, il suffit de distinguer avec soin deux choses trop souvent confondues par les interprètes, deux facultés, absolument indépendantes l'une de l'autre, qui pouvaient être accordées aux jurisconsultes romains, savoir : le *jus publicè respondendi* et la *permissio jura condendi*.

Le *jus publicè respondendi* fut réglementé par Auguste. Sur ce point Pomponius s'exprime très-clairement lorsqu'il dit (1) : ... *Antè tempora Augusti, publicè respondendi jus non a principibus dabatur; sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant. Neque responsa utique signata dabant, sed plerumquè judicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit ut ex auctoritate ejus responderent. Et ex illo tempore peti hoc pro beneficio cœpit.* Ainsi, depuis Auguste, pour pouvoir donner des consultations, il ne suffit plus d'avoir étudié le droit, d'inspirer confiance au public; il faut avoir été autorisé à cet effet par l'empereur, avoir obtenu de lui une sorte de diplôme. De plus, pour que le juge tienne compte de la consultation qu'on lui présente, il faut qu'elle soit *signata*, c'est-à-dire qu'elle porte l'empreinte du cachet du jurisconsulte qui l'a rédigée. Cette dernière règle se comprend sans peine : on veut que le juge ne puisse pas être trompé par une consultation faussement attribuée à un jurisconsulte autorisé. Quant à la nécessité de l'autorisation impériale, elle s'explique par le crédit dont jouissaient les jurisconsultes, par l'influence qu'ils exerçaient : cette influence pourrait être employée au préjudice de l'empereur, si celui-ci n'avait le droit de choisir lui-même les hommes à qui elle peut être confiée sans inconvénient (2).

Ce qui suit dans le texte de Pomponius est beaucoup moins clair : *Et ideò optimus Princeps Hadrianus, cùm ab eo viri prætorii*

(1) L. 2 § 47, D., *De orig. jur.*

(2) Il paraît que les jurisconsultes inspiraient aussi de la crainte ou de l'aversion à Jules César. « Il voulait, dit Suétone (*J. Cæsar*, 44), *jus civile ad certum modum redigere, atque ex immensâ diffusâque legum copiâ optima quæque et necessaria in paucissimos conferre libros.* » C'était peut-être dans l'espoir de rendre les jurisconsultes inutiles. — Le même Suétone dit, à propos de Caligula, qui, comme on sait, se tenait pour un second César : *De jurisconsultis, quasi scientiæ eorum omnem usum aboliturus, sæpè jactavit se mehercle effecturum ne qui respondere possint præter eum* (*Caligula*, 34).

peterent ut sibi liceret respondere, rescripsit iis : hoc non peti, sed præstari solere; et ideò, si quis fiduciam suî haberet, delectari si populo ad respondendum se præpararet (1). Qu'est-ce que cela veut dire? J'avoue qu'aucune des traductions de ce passage qui ont été données jusqu'ici ne me paraît satisfaisante. Les uns l'entendent en ce sens que l'empereur Adrien aurait supprimé la nécessité d'une concession impériale du *jus publicè respondendi* (2); cette interprétation n'est conforme ni au sens naturel des mots ni à la marche des idées exposées par Pomponius dans le § 47. D'autres considèrent la réponse d'Adrien comme étant un simple compliment qu'il veut faire à des *viri prætorii*, et la traduisent ainsi : « Ce n'est point moi qui « vous accorde une faveur, c'est vous qui rendez un service à vos « concitoyens » (3). Je ne puis rien voir de semblable dans le texte de Pomponius; et, tout au contraire, la réponse d'Adrien me semble empreinte d'une certaine rudesse. Si je ne me trompe, Adrien dit aux solliciteurs, qui, en leur qualité de *prætorii*, regardaient le *jus publicè respondendi* comme leur étant accordé dès qu'ils le demandaient : « Ce n'est point une chose qu'il suffit de « demander; il faut l'obtenir. Si quelqu'un d'entre vous a confiance « en lui-même, je serai heureux de le voir se préparer à répondre « au peuple. »

Maintenant, quelle était la force de la consultation ainsi donnée par un jurisconsulte autorisé? Je crois que, par elle-même, en tant que consultation, elle n'enchaîne pas le juge. Sans aucun doute le juge en tiendra grand compte, soit en raison du nom du jurisconsulte qui l'a donnée, soit en raison des arguments qu'elle contient; il devra même se conformer à la décision du jurisconsulte, si celle-ci peut être considérée comme étant passée à l'état de règle coutumière. Mais je ne vois point qu'Auguste ait voulu donner aux consultations de ses jurisconsultes autorisés une force que n'avait point par elle-même autrefois la consultation d'un jurisconsulte quelconque, c'est-à-dire la force d'une loi. Ainsi, l'un des plaideurs présentât-il au juge plusieurs consultations de jurisconsultes auto-

(1) J'ai suivi la leçon des frères Kriegel.

(2) Voy. notamment M. Bodin, *Revue historique de droit français et étranger*, t. IV, p. 198.

(3) Voy. Puchta, *Cursus der Institutionen*, t. I, § 116, p. 577.

risés, tandis que l'autre plaideur n'en présente aucune, en droit le juge reste libre de donner gain de cause à celui-ci (1).

Voilà ce que j'avais à dire du *jus publicè respondendi*. Je passe à la *permissio jura condendi*.

Gaius (Comment. I, § 7) s'exprime ainsi : *Responsa prudentium sunt sententiæ et opiniones eorum quibus permissum est jura condere quorum omnium si in unum sententiæ concurrant, id quod ità sentiunt legis vicem obtinet; si verò dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi, idque rescripto divi Hadriani significatur.* Il n s'agit plus ici d'une simple consultation délibérée en vue d'un certaine affaire : il s'agit d'un ouvrage contenant l'opinion de l'auteur sur tel et tels points, opinion qui a pu du reste être déjà exprimée par lui dans une consultation, à l'occasion d'un procès. paraît qu'après la mort d'un grand jurisconsulte, il arrivait quelquefois qu'on donnait force de loi aux ouvrages ou à quelques-un des ouvrages qu'il avait pu composer : pour exprimer l'honneur ainsi fait au jurisconsulte défunt, on disait exactement qu'il lu était permis *jura condere*. Alors pouvait surgir une question qu'Adrien a tranchée de la manière indiquée par Gaius. Si tous le jurisconsultes dont les ouvrages ont obtenu force de loi sont d'accord sur une question, le juge ne pourra pas s'écarter de l doctrine qu'ils ont unanimement admise; si au contraire il y dissentiment entre eux, le juge reste libre de consacrer l'opinio qui lui paraît préférable (2).

Cela étant, on comprend bien comment les *sententiæ prudentium quibus permissum erat jura condere* nous sont présentées comm faisant partie du *ius scriptum*, au même titre que la loi ou le séna

(1) Pomponius dit bien qu'Auguste a imaginé la nécessité d'une concessio impériale, *ut major juris auctoritas haberetur;* mais cela ne signifie point qu l'opinion exprimée par un jurisconsulte autorisé soit devenue obligatoire pou le juge.

(2) Que les écrits de certains jurisconsultes défunts aient ainsi obtenu forc de loi, c'est ce que prouve notamment une des préfaces du Digeste de Justinien, la Constitution *Deo auctore.* Au § 4 de cette Constitution, Justinien distingue, parmi les anciens jurisconsultes, ceux *quibus auctoritatem conscribendarum et interpretandarum legum sacratissimi principes præbuerunt,* et ceu *quorum scripturæ nullis auctoribus receptæ nec usitatæ sunt.*

Voy., au surplus, la belle dissertation de M. Bodin, *Revue historique,* t. IV p. 197 et suiv.

iner les systèmes les plus étranges sur la nature des *responsa tium*. A vrai dire, Justinien amalgame, de la façon la plus , ce que Pomponius avait dit du *jus publicè respondendi* avec Gaius avait dit de la force législative donnée quelquefois rits d'un jurisconsulte défunt. Voici, en effet, ce que nous au § 8 du Titre *De jure natur., gent. et civ.* : *Responsa pru-n sunt sententiæ et opiniones eorum quibus permissum erat jura . Nàm antiquitùs institutum erat ut essent qui jura publicè etarentur, quibus a Cæsare jus respondendi datum est, qui* NSULTI *appellabantur : quorum omnium sententiæ et opiniones ctoritatem tenebant ut judici recedere a responso eorum non , ut est constitutum* (1). Je me borne maintenant à indiquer les nombreuses explications auxquelles ce texte a donné

ant M. de Savigny (2), Auguste accrut et modifia l'influence isconsultes en autorisant un certain nombre d'entre eux à des consultations, que les juges devaient observer comme s tant qu'il n'existait pas d'avis contraire d'un autre juris-e également autorisé; quant aux écrits des jurisconsultes, aient pas force de loi, mais ils avaient une grande autorité . A l'appui de cette idée, M. de Savigny se borne à faire uer que Gaius et Justinien parlent des *responsa*, c'est-à-dire isultations données par les jurisconsultes. — Mais on peut

c'est une expression plus large qui est employée, par exemple *auctoritas* ou *sententiæ prudentium* (1). D'ailleurs, il est probable que les premiers ouvrages écrits par les jurisconsultes ont été des recueils de consultations : ces ouvrages, appelés en conséquence *responsa*, auront conservé la même dénomination après qu'ils ont commencé à contenir des travaux d'un autre genre. Enfin le texte de Gaius et celui de Justinien disent que le juge est enchaîné par la décision des jurisconsultes, quand ils sont unanimes; or, s'il s'agit de simples consultations données en vue d'un procès particulier, comment concevoir l'unanimité, à moins de recourir à l'hypothèse inadmissible d'une obligation imposée aux plaideurs de prendre l'avis de tous les jurisconsultes autorisés actuellement vivants?

Suivant Puchta (2), l'opinion exprimée sous forme de consultation par un jurisconsulte investi du *jus publicè respondendi* serait devenue, en vertu d'une ordonnance d'Auguste, obligatoire pour le juge; dès lors, à plus forte raison, il en aurait été de même des doctrines exposées par ce jurisconsulte dans un ouvrage proprement dit. — Mais, comme l'ont remarqué Hugo et Zimmern, le point de départ de cette interprétation est purement arbitraire, il n'est point justifié par les textes, et c'en est assez pour déclarer inacceptable l'interprétation elle-même.

Je persiste donc à croire, ce qui est à peu près l'inverse du système de M. de Savigny, que les décisions des jurisconsultes n'ont force de loi et ne font partie du *jus scriptum* qu'autant que, comprises dans un ouvrage, elles ont été, après la mort de leur auteur, formellement consacrées par le pouvoir législatif. J'aurai, du reste, occasion de revenir sur cette idée et de citer de nouvelles preuves à l'appui, en étudiant la période suivante.

— C'est dans l'intervalle compris entre le règne d'Adrien et celui d'Alexandre Sévère que la jurisprudence romaine brilla du plus vif éclat, que se produisirent les jurisconsultes les plus dignes d'exciter aujourd'hui encore notre admiration. Toutefois, dès le règne d'Auguste, se manifeste un développement remarquable d

(1) Voy. Papinien, L. 7 pr., D., *De just. et jure* (1, 1); Alexandre, L. 6, C. *De testam. mil.* (6, 21).

(2) *Cursus der Institutionen*, t. I, § 116.

la science du droit. C'est même à cette époque qu'il faut placer l'origine de deux sectes ou écoles dont la dissidence sur beaucoup de questions très-importantes est indiquée dans un grand nombre de textes. On a souvent remarqué que la tendance générale de chacune de ces écoles ne paraît pas avoir été d'accord avec ce que nous savons du caractère de son premier fondateur. Ainsi, tandis que le jurisconsulte Labéon reste inébranlable dans son attachement aux institutions républicaines, et refuse le consulat que lui offrait Auguste, les Proculiens, ses disciples, n'hésitent pas à mettre de côté les dénominations et les institutions de l'ancien droit civil, pour en créer de nouvelles toutes les fois qu'un changement se manifeste dans les mœurs et dans les besoins de la société; et, de même, tandis que le jurisconsulte Ateius Capiton accepte volontiers le nouveau gouvernement et ne résiste point aux faveurs impériales, les Sabiniens, ses disciples, se cantonnent dans l'ancien droit et refusent d'appliquer aux rapports sociaux d'autres principes que ceux qui ont été consacrés autrefois sous la République (1). Mais voici une explication bien simple de ce qui au premier abord paraît bizarre et, pour ainsi dire, contradictoire : en général, le système monarchique est un système conservateur, tandis que le système républicain laisse la porte plus facilement ouverte aux innovations : donc rien de surprenant à ce que le premier de ces systèmes convienne mieux aux jurisconsultes qui pensent que les règles une fois établies doivent être appliquées le plus longtemps possible, et rien de surprenant à ce que le deuxième ait les préférences des jurisconsultes pour qui les règles de droit civil doivent être aussi flexibles, aussi variables que les mœurs et les habitudes de la société.

(1) *Ateius consul fuit*, dit Pomponius (L. 2 § 47, D., *De orig. jur.*). *Labeo noluit, cùm offerretur ei ab Augusto consulatus, quo suffectus fieret, honorem suscipere; sed plurimùm studiis operam dedit, et totum annum ità diviserat ut Romæ sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet et conscribendis libris operam daret. Itaquè reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur. Hi duo primùm veluti diversas sectas fecerunt: nàm Ateius Capito in his quæ ei tradita fuerant perseverabat; Labeo, ingenii qualitate et fiduciâ doctrinæ, qui et cæteris operis sapientiæ operam dederat, plurima innovare instituit.*

Voyez aussi Tacite (*Annales*, III, 70 *in fine* et 75), et Aulu-Gelle (*Nuits attiques*, XIII, 12).

L'opposition des deux écoles a subsisté, d'une manière bie
tranchée, jusqu'au règne de Marc-Aurèle; du moins Julien (so
Adrien) et Gaius (sous Marc-Aurèle) sont les derniers jurisconsult
qui nous soient nettement indiqués comme appartenant à l'une
ces écoles : tous deux étaient Sabiniens. Cependant je dois di
que le jurisconsulte Ulpien (sous Antonin Caracalla), se d
mandant à quelle époque un enfant mâle est pubère, a bien l'a
de présenter la question comme étant encore de son temps d
versement résolue par les Sabiniens (ou Cassiens) et par les Proc
liens (1).

Je ne veux pas donner ici la liste des principaux jurisconsult
qui pour une si grande part ont contribué à la gloire du no
romain : j'aurai souvent occasion de les nommer en exposa
leurs doctrines. A plus forte raison ne rapporterai-je pas ce qu
nous savons de leur histoire (2). Un mot seulement sur Papinie
le plus illustre d'entre eux. Il fut préfet du prétoire sous le règn
de Septime Sévère, et l'on raconte qu'après la mort de ce prince
il aima mieux se faire tuer que de chercher à justifier le meurtr
de Géta, ordonné par son frère Bassien (Caligula). Du reste, l'exac
titude de ce récit est contestée (3). Ce qui est tout à fait invrai
semblable, c'est que Papinien ne fût âgé que de trente-six ans a
jour de sa mort (4).

Remarquons, en terminant, que, sous l'Empire, l'enseignemen
du droit s'était régularisé. Suivant Aulu-Gelle (*Nuits att.*, XIII, 13
il y avait à Rome, au IIe siècle, des *stationes jus publicè docentiu
aut respondentium;* à Béryte, en Phénicie, florissait une école d
droit, à laquelle les empereurs Dioclétien et Maximien accordèren
d'importants priviléges (5).

(1) *Fragments d'Ulpien*, Tit. XI, § 28.

(2) On peut consulter à cet égard les notices que Pothier a mises en tête d
ses *Pandectæ Justinianeæ*.

(3) *Multi dicunt Bassianum, occiso fratre, Papiniano mandâsse ut et in Se
natu per se et apud populum facinus dilueret; illum autem respondisse :* NON TA
FACILE PARRICIDIUM EXCUSARI POSSE QUAM FIERI...; ALIUD EST PARRICIDIUM
ACCUSARE INNOCENTEM OCCISUM (Spartien, *Caligula*, 8).

(4) Ce fait n'est indiqué que par une inscription qui se trouvait à Rom
sur un monument.

(5) L. 1, C., *Qui ætate vel professione se excusant* (10, 49). Le jurisconsult
Ulpien nous apprend lui-même qu'il était originaire de Tyr en Phénicie : voy

6° *La coutume.* — Ce que nous avons dit de la coutume à propos de la période précédente s'applique également à celle-ci. Les jurisconsultes du IIe et du IIIe siècle reconnaissent positivement la coutume comme ayant force de loi.

7° *Les Constitutions impériales.* — La puissance législative appartient incontestablement à l'empereur : *Constitutio principis*, dit Gaius (Comment. I, § 5), *est quod imperator, decreto vel edicto vel epistolâ, constituit; nec unquàm dubitatum est quin id legis vicem obtineat, cùm ipse imperator per legem imperium accipiat.*

Est-ce à dire que le peuple ait abdiqué une fois pour toutes entre les mains de l'empereur; que, sous Auguste, il ait conféré d'une manière absolue à lui et à tous ses successeurs la puissance qui jusqu'alors avait résidé dans les comices? Evidemment Gaius ne dit rien de semblable, et une abdication de ce genre est contredite par tout ce que l'histoire nous apprend de la conduite d'Auguste (1). Nous savons qu'Auguste se fit conférer l'une après l'autre, de manière à réunir en sa personne les diverses prérogatives qui en dépendaient, toutes les anciennes magistratures du peuple romain; nous savons aussi que ses successeurs recevaient l'*imperium*, c'est-à-dire le pouvoir autrefois confié aux magistrats, en vertu d'un sénatusconsulte et d'une espèce de loi fictive (2). Cela suffit pour expliquer le texte de Gaius.

L. 1 pr., D., *De censibus* (50, 15); et d'après les recherches récentes de M. Mommsen, il est probable que Gaius a vécu et enseigné dans une ville d'Orient.

(1) Justinien, il est vrai, dit, au § 7 de sa Constitution *Deo auctore* (l'une des préfaces du Digeste) : *Lege antiquâ, quæ* Regia *nuncupabatur, omne jus omnisque potestas populi romani in imperatoriam translata sunt potestatem.* De même, aux Institutes, § 6 *De jure natur., gent. et civ.* : *Quod principi placuit legis habet vigorem, cùm lege regiâ, quæ de ejus imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concessit.* Le sens le plus naturel de ces textes, surtout du premier, paraît bien être qu'en vertu d'une *lex Regia* le peuple romain s'est dépouillé en bloc de tous ses droits au profit de l'empereur; mais, en pareille matière, il est permis de ne pas donner grande confiance à l'assertion de Justinien. — Nous avons au Digeste, L. 1 pr. *De constit. Princ.* (1, 4), un fragment attribué à Ulpien, qui a été presque littéralement copié dans le § 6 des Institutes. Ce fragment peut être entendu comme ne signifiant rien autre chose que le § 5 de Gaius; du reste, on admet généralement que le texte d'Ulpien a été remanié par les compilateurs de Justinien.

(2) Nous avons, au Code de Justinien, une Constitution de l'empereur

Ainsi, originairement, le droit reconnu à l'Empereur n'est autre que celui qui appartenait sous la République au dictateur, aux consuls, aux préteurs, aux censeurs. Du reste, ce droit, suivant les circonstances, s'exerce de différentes manières; en développant cette idée, nous ferons comprendre par là même les trois espèces de Constitutions impériales dont parle Gaius.

Rappelons, avant tout, que l'empereur, comme consul ou comme tribun du peuple, peut présenter au Sénat une *relatio*, c'est-à-dire provoquer une délibération du Sénat sur telle question qu'il lui paraît important de résoudre. C'est l'*oratio principis,* qui précède le sénatusconsulte et qui dans l'usage se confond avec lui.

De plus, l'empereur, comme les anciens magistrats qu'il représente, a le *jus edicendi;* et, l'empereur étant au-dessus de tous les autres magistrats, il s'ensuit que les règles posées dans son édit sont obligatoires pour tous comme les dispositions d'une loi proprement dite (1). L'empereur administrait la justice, il avait la *iurisdictio* (2), et c'est ainsi qu'il trouvait l'occasion de rendre des édits même relatifs au droit privé; il ne faut point faire intervenir ici, comme l'ont fait quelques auteurs, la *tribunicia potestas.* Lorsque l'empereur voulait établir une règle de droit nouvelle, il n'était donc pas obligé de recourir au Sénat, de solliciter un sénatusconsulte; il pouvait lui-même, de sa propre autorité, la promulguer dans un édit. Du reste, nous le savons déjà, sous les premiers empereurs, c'est principalement au moyen de sénatusconsultes que s'exerça la puissance législative.

A côté des *édits*, on peut placer les *mandats* par lesquels l'empe-

Alexandre, L. 3 *De testam.* (6, 23), où il est dit que la *lex imperii* dispense l'empereur de l'observation des lois. Tacite (*Hist.*, IV, 3) s'exprime ainsi: *Romæ senatus cuncta Principibus solita Vespasiano decrevit;* et la loi préparée par le Sénat *de imperio Vespasiani* nous a été conservée en partie. Ce texte curieux se trouve notamment dans l'*Histoire du droit romain* de M. Giraud, p. 225.

(1) M. de Savigny (*System*, t. I, § 23, note *d*) donne la liste des Edits rendus par les premiers empereurs et mentionnés soit dans les compilations de Justinien, soit dans des textes juridiques. On y trouve quatre Edits d'Auguste, quatre de Claude, etc.

(2) Suétone dit, en parlant d'Auguste : *Ipse jus dixit assiduè, et in noctem nonnunquàm* (*Oct. Augustus,* 33); et, en parlant de Domitien : *Jus diligenter et industriè dixit, plerumquè et in foro pro tribunali extrà ordinem* (*Tit. Fl. Domitianus*, 8).

reur déléguait une partie de ses pouvoirs au préfet de la ville, au préfet du prétoire et surtout aux lieutenants (*legati*) qu'il envoyait lans ses provinces. Ces *mandats* contenaient des instructions ; mais elles étaient rarement relatives au droit privé, et c'est ce qui explique pourquoi Gaius passe sous silence cette espèce de Constitutions.

Les deux formes de Constitutions qui ont le plus d'importance pendant cette 3e période sont certainement les *décrets* et les *rescrits* (1). L'empereur, comme le magistrat investi de la *jurisdictio*, statue quelquefois *extrà ordinem* sur un procès : le jugement qu'il rend alors est un décret. De plus, en vertu de sa *tribunicia potestas*, l peut connaître en appel des affaires déjà jugées, et les décisions qu'il rend ainsi en dernier ressort sont plus spécialement désignées sous ce nom de *décrets*. Mais un litige peut encore être soumis à l'empereur par une requête que lui adresse l'une des parties ou le magistrat dans la compétence duquel est ce litige : l'empereur rend ici une sorte de jugement conditionnel, c'est-à-dire qu'il indique la règle dont il faudra faire l'application si les faits se sont passés comme il est dit dans la requête. Cette réponse impériale est ce qu'on appelle un *rescrit*. A un certain point de vue, l'empereur émettant un rescrit fait office de jurisconsulte. Le rescrit, du reste, peut se produire sous une double forme : ou bien il est écrit sur la requête, on l'appelle alors *subscriptio ;* ou bien il fait l'objet d'une réponse distincte, séparée, et alors on l'appelle proprement *epistola*.

Les décrets et les rescrits interviennent à l'occasion d'une espèce, d'un cas particulier : en quel sens nous dit-on qu'ils ont force de loi ? Suivant M. de Savigny (2), c'est seulement en ce sens que la décision de l'empereur devra être respectée relativement à l'espèce qui y a donné lieu. Cette opinion a été victorieusement réfutée par Puchta (3), et je me bornerai ici à résumer les principaux arguments de ce dernier auteur. D'abord il est certain que la règle posée dans un plébiscite, dans un sénatusconsulte et même

(1) Le rescrit et le décret sont mentionnés, aux Institutes (§ 6 *cit.*), en ces termes : *quodcumque imperator per epistolam constituit vel cognoscens decrevit.*

(2) *System*, t. I, §§ 23 et 24.

(3) *Cursus der Institutionen*, t. I, § 111.

dans un édit de l'empereur, a une valeur absolue, qu'elle devra être observée, non pas relativement à une espèce déterminée, mais dans tous les cas auxquels conviendront les termes de cette règle; or Gaius met exactement sur la même ligne les différentes formes de Constitutions (décret, édit, rescrit), et, pour indiquer la valeur juridique de la Constitution en général, il emploie les mêmes expressions dont il s'est servi pour indiquer celle du plébiscite et du sénatusconsulte (1). Spécialement quant au décret, si Gaius voulait dire seulement qu'il a force de loi dans l'espèce à propos de laquelle il a été rendu, ce serait une naïveté : car qui pourrait avoir l'idée qu'un décret impérial, comme tout autre jugement, n'est pas obligatoire entre les parties pour ce qui a fait l'objet du litige? Et spécialement quant au rescrit, nous voyons que l'empereur Macrin eut l'idée d'abroger les rescrits de ses prédécesseurs (2), ce qu'il serait impossible de comprendre si les rescrits n'avaient pas en principe la force absolue d'une loi.

Aux termes de la loi qui lui confère l'*imperium*, l'empereur peut faire tout ce qu'il considère comme utile (3), c'est-à-dire tout ce qu'il veut. Cette loi n'exige point que la volonté de l'empereur soit exprimée dans une certaine forme, autre que la forme d'un décret ou d'un rescrit : donc la seule condition requise pour que les règles posées dans un décret ou dans un rescrit ait la force absolue d'une loi, c'est que telle soit la volonté de l'empereur. Et comment saurons-nous quelle a été la volonté de l'empereur, lorsqu'il ne s'est pas formellement expliqué sur ce point? Ceci est une question d'interprétation que les jurisconsultes chercheront à résoudre (4) : ils prouveront, par tous les moyens possibles, que l'empereur a voulu

(1) *Plebiscita legibus exæquata sunt; senatusconsultum legis vicem obtinet; constitutio principis legis vicem obtinet.*

(2) *Fuit in jure non incallidus, adeò ut statuisset omnia rescripta veterum principum tollere, ut jure non rescriptis ageretur, nefas esse dicens leges videri Commodi et Caracalli et hominum imperitorum voluntates, cùm Trajanus nunquàm libellis responderit, ne ad alias causas facta præferrentur quæ ad gratiam composita viderentur* (J. Capitolinus, *Opilius Macrinus*, 13).

(3) Voy. la *lex de imperio Vespasiani*.

(4) Ainsi s'expliquent les textes dans lesquels le jurisconsulte, après avoir cité la décision d'un rescrit, ajoute : *Et hoc jure utimur*. Cela veut dire que le rescrit est appliqué dans tous les cas semblables.

poser une règle générale ou au contraire qu'il n'a voulu faire qu'une *constitutio personalis*. Du reste, la distinction en elle-même est très-bien indiquée aux Institutes de Justinien (1).

Le nombre des décrets et des rescrits ayant force de lois a certainement été très-considérable, surtout depuis Adrien. Comment parvenaient-ils à la connaissance du public? Il paraît que c'était uniquement par les travaux des jurisconsultes. Et les jurisconsultes eux-mêmes ne pouvaient pas ignorer leur existence, attendu que les principaux d'entre eux participaient même à la rédaction des Constitutions impériales. Nous voyons, en effet, que les empereurs, à l'imitation des anciens magistrats, avaient près d'eux un conseil dont ils prenaient l'avis lorsqu'il s'agissait de mesures exigeant des connaissances spéciales (2). Les décrets notamment sont rendus en conseil, *in auditorio Principis* (3). L'historien Lampride nous rapporte qu'Alexandre Sévère fit un très-grand nombre de Constitutions et que toujours il prit l'avis d'un conseil, auquel il avait donné une organisation régulière (4).

Non-seulement les principales Constitutions sont mentionnées en passant par les jurisconsultes; mais ceux-ci les avaient réunies et commentées dans des ouvrages spéciaux (5). Nous possédons le texte d'un grand nombre de Constitutions rendues à partir d'Adrien; ce texte a été conservé soit dans les écrits des jurisconsultes de la 3e période, soit dans des compilations entreprises plus tard.

QUATRIÈME PÉRIODE.

Au commencement du IVe siècle de l'ère chrétienne, les sources

(1) § 6 *in fine De jure natur., gent. et civ.* Comp. L. 1 § 2, D., *De constit. Princ.* (1, 4).

(2) *Dicitur Augustus convocâsse prudentes... :* Inst., pr. *De codicillis* (II, 25).

(3) Voy. L. 22 pr., D., *Ad senatusc. Trebell.* (36, 1), et L. 1, D., *An per alium* (49, 9).

(4) *Leges de jure populi et fisci moderatas et infinitas sanxit; neque ullam constitutionem sancivit sine viginti jurisperitis, et doctissimis ac sapientibus viris, iisdemque disertissimis non minùs quinquaginta, ut non minùs in consilio essent sententiæ quàm senatusconsultum conficerent....* (*Alexander Severus*, 15).

(5) Papirius Justus, *Constitutionum libri* XX; Paul, *Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri*, etc.

que nous avons considérées jusqu'ici ont presque toutes cessé de couler : il n'en sort plus de nouvelles règles de droit.

Je dis *presque toutes*. En effet, il est certain que le peuple ne rend plus ni lois ni plébiscites, que le Sénat n'exerce plus la puissance législative, que les magistrats ne proposent plus d'édits ayant jusqu'à un certain point force de lois (1), enfin qu'il n'y a plus de jurisconsultes formulant des principes susceptibles d'être officiellement consacrés. Mais les Constitutions impériales abondent, et il ne parait pas qu'en droit la coutume ait perdu la force qui lui est propre.

En ce qui concerne les Constitutions, il faut d'abord remarquer que dans cette période elles prennent le nom de *leges*. Du reste, on distingue encore des édits, des décrets et des rescrits. L'édit suppose toujours la volonté chez l'empereur de consacrer une règle qui devra être généralement appliquée ; dans cette période, l'édit est adressé soit au peuple, soit au sénat, soit aux magistrats. Les décrets sont moins nombreux que dans la période précédente, parce que les cas dans lesquels l'empereur juge lui-même en dernier ressort sont de plus en plus restreints. Les rescrits continuent d'intervenir soit sur la *relatio* d'un magistrat, soit sur la requête d'un particulier ; pour prévenir les fraudes, les empereurs Constantin et Léon prescrivent des solennités particulières (2). Dans la période précédente, les empereurs employaient surtout la forme des rescrits (3) ; au contraire, depuis Constantin, c'est au moyen d'édits que les empereurs exercent le pouvoir législatif. Est-ce à dire que les décrets et les rescrits ont cessé d'avoir force de loi ? Nous voyons effectivement qu'en 398 les empereurs Arcadius et Honorius refusent toute force au rescrit en dehors du cas pour lequel il est rendu (4) ;

(1) Il paraît cependant que le *præfectus prætorio* avait conservé le droit de faire des règlements obligatoires : voy. L. 2, C., *De off. præf. pr.* (ci-dessus, p. 91). Nous possédons aussi deux Edits de Tuscius Apronianus, *præfectus Urbi* en 364 et en 372.

(2) Voy. L. 1, C. Th., *De div. rescr.* (1, 2); et L. 6, C. Just., *eod. Tit.* (1, 23).

(3) Sur 1217 Constitutions de Dioclétien que renferme le Code Justinien, 1220 sont des rescrits.

(4) L. 11, C. Th., *De div. rescr.* Les empereurs parlent seulement des *rescripta ad consultationem*, c'est-à-dire sollicités par un magistrat : il est pro-

t la même règle est posée de nouveau, en 425, par les empereurs Théodose et Valentinien (1). Ce qui est dit du rescrit doit s'entendre même du décret, attendu que depuis Constantin le jugement en dernier ressort que rend l'empereur est rendu dans la forme d'un rescrit. Au fond, le changement se réduit à ceci : tout rescrit, tout décret, devra désormais être considéré comme n'étant qu'une *constitutio personalis*, à moins que l'empereur de qui il émane n'ait exprimé une volonté contraire (2). Justinien laissa subsister cet état de choses, en ce qui concerne les rescrits proprement dits; mais quant aux décrets qui sont rendus par l'empereur après avoir entendu les deux parties, il décida, en 529, que les juges devraient s'y soumettre comme à une *lex generalis*, lors même que chaque décret en particulier n'exprimerait pas que telle est la volonté impériale (3).

La règle manifestée par une coutume constante a-t-elle encore force de loi dans notre 4e période? L'affirmative n'est pas douteuse; et, plusieurs fois, elle est exprimée dans les recueils de Justinien (4). On a notamment inséré au Digeste un fragment de Julien où il est dit que les lois peuvent être abrogées *per desuetudinem*, *tacito consensu omnium* (5). Cependant nous trouvons au Code une Constitution de Constantin qui est ainsi conçue : *Consuetudinis usûsque longævi non vilis auctoritas est, sed non usquè adeò sui valitura momento ut rationem vincat aut legem* (6). Quel est le sens de la restriction indiquée par la dernière partie de ce texte? Il y a bien longtemps qu'on le cherche, et je crains qu'on ne l'ait pas

able, comme le pense Puchta (*op. cit.*, t. I, p. 646), qu'une mesure semblable avait déjà été prise antérieurement pour les autres rescrits.

(1) L. 2, C., *De legibus* (1, 14).

(2) C'est ce que disent les empereurs Théodose et Valentinien, dans la L. 3, C., *De legibus*.

(3) L. 12 pr., C., *De legibus*. Justinien ajoute, dans le § 1 de cette Constitution, que, toutes les fois que l'empereur interprète une *lex generalis*, cette interprétation, fût-elle donnée dans un simple rescrit (*in precibus*), vaudra elle-même comme *lex generalis*.

(4) § 9, Inst., *De jure natur., gent. et civ.*; Loi *Deo auctore* (préface du Digeste), § 10; Nov. 89, chap. XV pr.

(5) L. 32 § 1 *in fine De legibus* (1, 3)

(6) L. 2, C., *Quæ sit longa consuetudo* (8, 53).

encore trouvé. M. de Vangerow, après avoir rapporté les sept interprétations principales auxquelles cette L. 2 a donné lieu jusqu'ici, ajoute qu'aucune d'entre elles ne peut résister à un examen approfondi. Il en propose une huitième, qui consiste à dire que la coutume peut en général abroger une loi, à moins qu'il ne s'agisse d'une loi portant spécialement qu'aucune coutume ne pourra prévaloir contre elle (1). Je préfère encore la doctrine de Doneau et de M. de Savigny, d'après laquelle une coutume générale peut bien abroger une loi générale, mais au contraire une coutume observée dans une partie de l'Empire, dans un municipe ou dans une province, ne peut rien contre une règle établie pour gouverner l'Empire tout entier, ne peut rien contre l'intérêt de l'État (2). Ce qui, à mes yeux, rend cette doctrine plausible, c'est que Julien, dans la L. 32 pr., D., *De legibus*, prend précisément l'expression *mores et consuetudo* dans le sens de coutumes locales. En effet, après avoir dit que, là où il n'y a pas de lois écrites, on doit observer *quod moribus et consuetudine inductum est*, il ajoute que, cette coutume et tout argument d'analogie venant à manquer, alors il faut suivre la règle suivie à Rome. D'où il semble bien résulter, ce qui, du reste, est conforme à la nature des choses, que des règles existant à l'état de droit coutumier pouvaient encore se trouver dans les provinces, mais qu'à Rome il n'était plus guère question de règles de ce genre.

En résumé, si dans notre 4ᵉ période de nouvelles règles de droit se produisent, c'est à peu près exclusivement dans les Constitutions que rendent les empereurs. Du reste, il est bien évident que le juge ne doit pas appliquer seulement ces règles nouvelles, qu'il doit aussi tenir compte des règles anciennes qui n'ont pas été abrogées. Il ne suffit donc pas au juge de connaître les Constitutions impériales; il doit connaître, de plus, les lois, les plébiscites, les sénatusconsultes, les édits de magistrats, les réponses de prudents, qui sont restés en vigueur. Mais ces règles anciennes, le juge ne va pas les chercher dans le texte original où elles sont contenues; il lui est plus commode de les prendre dans les écrits

(1) *Lehrbuch der Pandekten*, t. I, § 16.
(2) Savigny, *System*, t. I, appendice 2.

des jurisconsultes qui les ont commentées. Donc les *leges*, c'est-à-dire les Constitutions impériales, et le *jus*, c'est-à-dire les écrits des jurisconsultes, voilà, en définitive, les sources où va puiser le juge de notre 4e période. Dans un travail de ce genre, le juge trouvait encore d'assez graves difficultés, et nous allons voir que le plus grand effort de l'époque qui nous occupe est de lui faciliter sa tâche.

Voyons successivement ce qui a été fait jusqu'à Justinien, soit pour les Constitutions, soit pour le *jus*.

Déjà pendant la 3e période, des jurisconsultes avaient composé des ouvrages ayant pour objet les Constitutions d'un ou de plusieurs empereurs. Tout au commencement de la 4e période, fut entrepris un travail relatif surtout aux Constitutions de Dioclétien, mais comprenant aussi des Constitutions plus anciennes (1). A la différence des ouvrages de la période précédente, qui étaient des commentaires, celui-ci est une simple compilation; l'auteur, du reste, paraît avoir suivi pour le classement des Constitutions un ordre déjà suivi dans les commentaires sur le droit civil et sur le droit prétorien. Cette compilation est souvent citée sous le nom de *Codex gregorianus* ou *Corpus Gregoriani;* elle doit avoir été composée à la fin du règne de Dioclétien ou dans les premières années du règne de Constantin.

Il y a encore plus d'obscurité en ce qui concerne une autre compilation du même genre, le *Codex hermogenianus*. Nous avons, au Digeste de Justinien, plusieurs fragments extraits des *libri epitomarum* d'un jurisconsulte Hermogenianus : il n'est pas absolument impossible que ce jurisconsulte soit le même qui a composé la compilation qui nous occupe. Il paraît que la plus ancienne Constitution comprise dans ce recueil est de l'an 291 ; et l'on admet généralement que les plus récentes sont des dernières années du règne de Dioclétien. Cependant la *consultatio veteris jurisconsulti* (2) rapporte (chap. IX) le texte de sept Constitutions des empereurs Valens et Valentinien, qui sont vraisemblablement des

(1) Une notamment de Septime Sévère, de l'an 196.

(2) Recueil qui paraît avoir été composé sous le règne de Théodose le Jeune et dont je m'occuperai un peu plus loin.

années 364 et 365, et les présente comme tirées *ex corpore Hermogeniani*. En tout cas, il ne paraît pas possible que cette compilation ait été composée après l'année 398, époque où les empereurs Arcadius et Honorius défendirent de considérer les rescrits comme ayant force de loi.

On regarde habituellement le Code Hermogénien comme étant une sorte de supplément du Code Grégorien. Mais cette idée n'est guère admissible, puisque souvent la même Constitution figurait dans les deux Codes.

Des Constitutions que renfermaient ces deux Codes, bien peu nous sont parvenues directement, à peine soixante-dix pour le Code Grégorien et trente-huit pour le Code Hermogénien. Mais il paraît que c'est à ces deux recueils que les compilateurs du Code de Justinien ont emprunté presque toutes les Constitutions antérieures à Constantin.

Le nombre des Constitutions (c'est-à-dire des Edits) rendues par Constantin et par ses successeurs se trouva bientôt si considérable que, pour en assurer l'application, il devint nécessaire d'en faire un recueil méthodique. C'est sous le règne des empereurs Théodose II et Valentinien III que ce travail fut officiellement prescrit. Il fut fait en vue de l'empire d'Orient; mais il fut également promulgué en Occident. Il a été désigné dès le principe sous le nom de *Codex Theodosianus*, et il mérite que nous nous y arrêtions quelques instants.

En 429, une Constitution datée de Constantinople et adressée au Sénat nomme une commission de neuf membres et la charge de recueillir les Edits ou autres Constitutions ayant force de loi rendus depuis Constantin : le travail sera divisé en Titres se référant chacun à une matière, et dans chaque Titre les Constitutions seront rangées suivant l'ordre chronologique (1). Il paraît que cette commission de neuf membres ne se mit pas au travail. En 435, paraît une nouvelle Constitution qui reproduit les prescriptions de la première; cette fois seize commissaires sont nommés, et il leur est donné pouvoir de supprimer et d'ajouter, en un mot, de faire subir des corrections aux textes (2). Enfin, en février 438, le Code

(1) Voy. L. 5, C. Th., *De Constit. Princ.* (1, 1).
(2) L. 6 *eod.*

Théodosien fut promulgué, pour être désormais la source unique du *jus principale* à partir de Constantin (1).

Le Code Théodosien, qui renferme un nombre immense de Constitutions, est divisé en seize Livres; chaque Livre comprend un certain nombre de Titres, dont chacun a une rubrique. Pour les cinq premiers Livres, on a suivi l'ordre des commentaires de l'Edit. Les Livres II à V contiennent la plupart des Constitutions concernant le droit privé.

Ce que nous possédons du Code Théodosien nous vient soit d'un extrait qui se trouve dans le *Bréviaire d'Alaric*, soit de manuscrits du Code authentique et original, qui malheureusement ne sont pas complets, soit enfin de certaines Constitutions citées ailleurs comme étant tirées de notre Code. Dès le XVI[e] siècle, Dutillet eut entre les mains un manuscrit, à l'aide duquel il publia les huit derniers Livres du Code Théodosien; et Cujas, à l'aide d'un autre manuscrit, publia les Livres VI à VIII. Toutes les éditions données depuis cette époque jusqu'à nos jours ont été faites sur des manuscrits pour les onze derniers Livres, et seulement sur l'extrait du *Bréviaire* pour les cinq premiers (2). De nos jours (1817 et 1820), deux découvertes très-importantes ont été faites. Peyron a trouvé, à Turin, un palimpseste (44 feuillets) dont le texte original appartient au Code Théodosien et particulièrement aux cinq premiers Livres; et Clossius a trouvé, à la bibliothèque ambrosienne de Milan, un manuscrit du *Bréviaire* sur lequel le copiste avait reproduit plusieurs fragments empruntés au *Codex* original (3). Wenck a publié, à Leipsig, en 1825, les cinq premiers Livres du Code Théodosien, tels que nous les connaissons après ces deux précieuses découvertes. Enfin, en 1842, a été donnée par Gustave Hænel l'édition la plus complète du Code Théodosien : le savant éditeur a

(1) Voy. la Constitution *De Theodosiani codicis auctoritate*.

(2) De toutes ces éditions la plus estimée est celle de Jacques Godefroi (*Jacobus Gothofredus*). Elle contient un excellent commentaire.

(3) Ce manuscrit contient 78 Constitutions nouvelles. Il contient aussi le procès-verbal de la séance du Sénat romain où fut présenté le Code Théodosien (*Gesta in Senatu urbis Romæ, anno 438, de recipiendo in Occidente Codice Theodosiano*). Sur ce procès-verbal, voy. M. de Savigny, *Vermischte Schriften*, t. III, p. 255 et suiv.

comparé toutes les éditions précédentes et a revu avec le plus grand soin 54 manuscrits (1).

Le Code Théodosien constituait une législation unique pour l'empire d'Orient et pour l'empire d'Occident. On prévit qu'il pourrait y avoir lieu de faire des lois nouvelles ; et il fut convenu entre les deux empereurs qu'à l'avenir les Constitutions émanées de chacun d'eux seraient communiquées à l'autre et publiées par lui (2). Ces Constitutions, postérieures au Code, sont appelées *Novellæ leges*. Nous voyons qu'en 447 Théodose adresse à Valentinien une série de Constitutions qu'il avait ainsi promulguées ; et nous possédons la loi de Valentinien qui les approuve et qui les publie. De même le successeur de Théodose, Marcien, adresse ses Constitutions (de 450 à 455) à l'empereur d'Occident. Valentinien et ses successeurs adressèrent-ils, de leur côté, leurs Constitutions à l'empereur d'Orient? Cela est probable pour Valentinien ; mais, à partir de sa mort (455), les communications respectives ne se firent plus régulièrement. Il paraît certain que les Constitutions des empereurs d'Occident, même celles de Valentinien, n'ont jamais reçu force de loi en Orient : cela ressort de cette circonstance, très-bien relevée par Hænel, que le Code de Justinien ne contient aucune *Novelle* des empereurs d'Occident. Quant aux *Novelles* exécutoires en Occident (celles des empereurs Théodose, Valentinien, Marcien, Majorien, Sévère et Anthemius), elles ont fait l'objet de différentes compilations (3).

Nous venons de parler des Constitutions. Voyons maintenant ce qui avait été fait pour faciliter au juge l'emploi du *jus*, c'est-à-dire des écrits de jurisconsultes revêtus du caractère de lois.

Le juge trouvait ici de très-grandes difficultés. D'abord, comme le remarque Puchta, l'excellence même des décisions des jurisconsultes les faisait paraître étranges et les rendait en quelque sorte

(1) Outre le Code Théodosien, le volume de Hænel contient ce qui nous reste des Codes Grégorien et Hermogénien. Voy. aussi le *Supplément* publié par Hænel en 1844.

(2) Cette idée est exprimée soit dans la Constitution de 429 (L. 5 *De constit.*) soit dans la Constitution *de Theod. Cod. auct.* (§§ 5 et 6).

(3) Hænel en a donné une excellente édition en 1844.

inaccessibles aux intelligences de l'époque qui nous occupe. En second lieu, on se sentait accablé par le nombre considérable des écrits ayant reçu force de loi : aussi, dans la pratique se bornait-on en général aux *Institutes* de Gaiùs, aux *Questions* et aux *Réponses* de Papinien et à quelques ouvrages de Paul et d'Ulpien. Enfin, même parmi les jurisconsultes en petit nombre que le juge se bornait à consulter, sur certains points il pouvait y avoir dissidence : alors, comme le dit Gaius (Comment. I, § 7), *judici licet quam velit sententiam sequi;* on comprend ce qu'un pareil système avait de dangereux pour les parties.

Les empereurs cherchèrent tout d'abord à supprimer les dissidences entre les anciens jurisconsultes, dissidences qui constituaient de véritables antinomies. Une Constitution de Constantin, de l'an 321, est ainsi conçue : *Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes, Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas, qui, dùm ingenii laudem sectantur, non tàm corrigere eum quàm depravare maluerunt, aboleri præcipimus* (1). Ulpien et Paul avaient ajouté des annotations aux ouvrages de Papinien, et dans ces annotations ils cherchaient souvent à réfuter ses doctrines : Constantin imagine de retirer à toutes les annotations dont il s'agit la force de loi qui avait été donnée en bloc aux écrits de Paul et d'Ulpien comme à ceux de Papinien : il abroge ainsi en partie une ou deux Constitutions antérieures (2). Il paraît que cette mesure prise par Constantin souleva une certaine agitation en Occident, où les écrits de Paul jouissaient d'une grande autorité : on se demanda si les autres ouvrages de ce jurisconsulte, et particulièrement ses *Sentences*, n'étaient pas enveloppés dans la même proscription que ses *notæ ad Papinianum*. Ainsi s'explique la nouvelle Constitution, donnée à Trèves, en 327 : *Universa quæ scripturâ Pauli continentur*, dit l'Empereur, *recepta auctoritate firmanda sunt et omni veneratione celebranda. Ideòque sententiarum libros, plenissimâ elocutione et jus-*

(1) L. 1, C. Th., *De resp. prud.* (1, 4). Cette Constitution a été retrouvée de nos jours, par Clossius.

(2) Il résulte d'une Constitution de Justinien (Const. *Deo auctore*, § 6) que les annotations de Marcien sur Papinien avaient également été supprimées; nous ne savons pas à quelle époque.

tissimâ juris ratione succinctos, in judiciis prolatos valere, minii dubitatur (1).

Dans la même voie que Constantin avait ouverte par sa Con tution de 321, un pas considérable fut fait en 426 par les emp reurs Théodose II et Valentinien III. Voici d'abord le texte mê de leur Constitution, tel qu'il se trouve au Code Théodosien, où forme la L. 3 *De resp. prud.*: *Papiniani, Pauli, Gaii, Ulpiani atq Modestini scripta universa firmamus ità ut Gaium quæ Paulu Ulpianum et cunctos* (lisez plutôt *cæteros*) *comitetur auctoritas, lect nesque ex omni ejus opere recitentur. Eorum quoque scientiam, qu rum tractatus atque sententias prædicti omnes suis operibus misc runt, ratam esse censemus, ut Scævolæ, Sabini, Juliani atq Marcelli, omniumque quos illi celebrârunt, si tamen eorum lib propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. U autem diversæ sententiæ proferuntur, potior numerus vincat auctoru vel, si numerus æqualis sit, ejus partis præcedat auctoritas in q excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui, ut singulos vin ità cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani c pus factas, sicut dudùm statutum est, præcipimus infirmari. U autem pares eorum sententiæ recitantur quorum par censetur aucto tas, quod sequi debeat eligat moderatio iudicantis. Pauli quoq Sententias semper valere præcipimus* (2).

Ce texte a donné lieu à des interprétations diverses. Voici ce qui me paraît la plus probable.

Souvent les ouvrages d'un jurisconsulte distingué avaient re force de loi après sa mort; aux termes d'une Constitution d'Adri le juge devait suivre la doctrine des jurisconsultes ainsi autori lorsqu'aucun d'eux ne l'avait contredite, et, en cas de dissentime il pouvait suivre celle qui lui paraissait préférable (3). Il par qu'en 426 les ouvrages de Gaius n'avaient pas encore reçu l'au

(1) L. 2, C. Th., *eod. Tit.* Comme la précédente, elle a été retrouvée nos jours, par Clossius.

(2) Il paraît que cette L. 3 *De resp. prud.* n'est qu'une partie de la Con tution originale donnée à Ravenne en 426. Elle nous est parvenue par le *B viaire d'Alaric;* le rédacteur de ce recueil l'a fait suivre d'une *interpretatio.* I puis Hugo, cette L. 3 est souvent désignée, surtout en Allemagne, sous le n de *Loi des citations* (*Citirgesetz*).

(3) Voy. ci-dessus, p. 94.

rité dont il s'agit : les empereurs Théodose et Valentinien leur donnent cette autorité, et en même temps ils confirment celle qu'avaient déjà obtenue les ouvrages de Papinien, de Paul, d'Ulpien et de Modestin (1). Toutefois les notes critiques de Paul et d'Ulpien sur Papinien restent proscrites. Quant aux autres jurisconsultes dont les écrits avaient précédemment reçu force de loi, tels que Scévola, Sabinus, Julien, Marcellus, les empereurs entendent-ils leur retirer l'autorité qu'ils avaient obtenue? Oui, si ce n'est pour celles de leurs doctrines qui se trouvent reproduites dans les écrits des cinq jurisconsultes Papinien, Paul, Gaius, Ulpien et Modestin (2).

(1) Cette première phrase du texte ne s'explique qu'autant qu'on entend comme je l'ai entendue (ci-dessus, p. 91) l'indication donnée par Gaius, au § 7 de son Commentaire Ier.

(2) C'est en ce point surtout que la *loi des citations* a été diversement interprétée. Le sens auquel je m'arrête lui était généralement donné autrefois; il ressort déjà de l'*interpretatio* que nous trouvons dans le *Bréviaire d'Alaric*, et de nos jours encore il a été adopté par M. de Savigny (*Hist. du dr. romain au moyen-âge*, § 3). — Mais une interprétation différente prévaut aujourd'hui en Allemagne. Elle consiste à dire que le juge ne devra pas tenir compte seulement des opinions de Papinien, de Paul, de Gaius, d'Ulpien et de Modestin, qu'il devra tenir compte aussi des opinions de tout autre jurisconsulte cité par l'un des cinq premiers : le fait qu'on a été cité par Papinien, par Paul, etc., prouve suffisamment qu'on mérite d'être compté parmi les jurisconsultes ayant autorité. Voy. en ce sens Puchta (*op. cit.*, t. I, p. 660 et suiv.) et M. Walter (*op. cit.*, Liv. II, § 443). Je me borne à faire contre cette interprétation une objection bien simple : si en général les ouvrages de Marcien continuent, comme ceux de Paul et d'Ulpien, d'avoir force de loi, comment se fait-il que les empereurs Théodose et Valentinien ne renouvellent pas la proscription spéciale qui frappait les notes de Marcien sur Papinien, comme ils ont soin de renouveler la proscription spéciale qui frappait les notes de Paul et d'Ulpien sur le même Papinien?

Quand on a pris parti sur cette question capitale, il reste à examiner un point de détail, et ici même l'hésitation est permise. Quel est précisément le sens de cette phrase subordonnée : *Si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur?* Suivant M. Walter, l'idée la plus naturelle est que dans son ensemble elle se réfère, non aux cinq jurisconsultes indiqués d'abord dans la Constitution, mais aux jurisconsultes cités par ceux-là : en un mot, les Empereurs veulent dire que la personne qui invoquera l'opinion d'un de ces jurisconsultes cités, qui sont anciens et dont les ouvrages peuvent avoir été altérés, devra démontrer, en représentant plusieurs manuscrits conformes, l'exactitude du texte qu'elle allègue. Au contraire, suivant Puchta, *eorum libri* désigne les ouvrages de ceux qui citent les anciens, et *collatio codicum* désigne l'acte de collationner les manuscrits de l'ouvrage cité:

Les empereurs Théodose et Valentinien passent maintenant à u deuxième point, et ici il est moins difficile d'apercevoir ce qu'i ont voulu dire. Il s'agissait de déterminer ce que le juge doit fai quand il y a dissentiment entre les jurisconsultes autorisés. En c pareil, nous le savons, d'après la Constitution d'Adrien, le ju reste libre de suivre la doctrine qu'il estime la meilleure : po qu'il soit enchaîné, il faut qu'il y ait unanimité des jurisconsult qui ont examiné la question. Au contraire, d'après la *loi des cit tions*, pour qu'il soit enchaîné il suffit qu'il y ait majorité ; même, en cas de partage, si Papinien s'est prononcé, son opini a force de loi. Donnons quelques exemples. Paul rapporte et a prouve une opinion de Sabinus, et Papinien combat la mêr opinion : le juge ne pourra pas suivre le sentiment de Papinie Au contraire Papinien rapporte et approuve une opinion de Julie la même opinion est repoussée par Paul et par Ulpien : le sentime de Julien, confirmé par Papinien, a force de loi pour le juge. I définitive, il devait être assez rare que le juge restât libre de statu à son gré : il fallait pour cela, 1° que chacune des deux opinio adverses eût le même nombre de partisans parmi les jurisconsult autorisés, et 2° que Papinien ne se fût pas prononcé sur la que tion.

Théodose le Jeune eut l'idée de faire plus encore pour facilit l'usage du *jus*. Dans la Constitution de 429, qui nomme la pr mière commission chargée de composer le Code (1), il expri l'intention de faire composer un recueil contenant des extraits d ouvrages des jurisconsultes. Mais cette intention n'a jamais é réalisée.

les Empereurs veulent dire que, par exemple, un passage de Sabinus cité Ulpien n'est pas réputé exact par cela seul qu'il se trouve dans le manus de l'ouvrage d'Ulpien, et que le juge ne devra le tenir pour authentique qu' tant qu'on le lui montrera dans les manuscrits de l'ouvrage même de Sabin Cette dernière interprétation cadre très-bien avec le parti que j'ai pris sur question précédente ; peut-être la première interprétation est-elle mieux d'a cord avec le texte de la loi.

(1) Voy. ci-dessus, p. 108.

TRAVAUX LÉGISLATIFS DE JUSTINIEN.

Comme le remarque Puchta, Justinien joue un rôle si considérable dans l'histoire du droit romain, qu'il ne sera pas hors de propos de donner ici quelques renseignements sur sa personnalité même.

Justinien était d'origine slave; il naquit à Tauresium en Illyrie. Il s'appelait *Uprauda*, et le nom de *Justinien* doit être une imitation de ce nom slave. Son oncle Justin l'associa à l'Empire le 1er avril 527; Justin étant mort quatre mois après, Justinien, alors âgé de quarante-cinq ans, resta seul sur le trône de Constantinople.

Le caractère et la capacité de Justinien sont depuis bien longtemps l'objet de vives controverses. Ces controverses ont surtout leur origine dans le double langage tenu par Procope, son historiographe. D'une part, Procope a écrit une histoire officielle, dans laquelle le règne de Justinien brille du plus grand éclat; mais, d'autre part, au XVIIe siècle, on a découvert, dans la bibliothèque du Vatican, une *historia arcana*, où le caractère de Justinien et celui de l'impératrice Theodora sont peints par le même Procope sous les plus noires couleurs (1). Je crois, avec Puchta, qu'il faut prendre un moyen terme entre l'histoire officielle et l'histoire secrète : on ne peut refuser à Justinien une certaine instruction, le sentiment de l'ordre, une grande activité; mais on ne peut nier davantage son avarice, sa vanité, la faiblesse de son caractère.

Les mêmes controverses se sont produites au sujet de Tribonien, qui paraît avoir eu la plus grande part aux travaux législatifs de ce règne. Tribonien possédait une instruction extraordinaire pour l'époque; mais son avidité dépassait encore celle de son maître, et, pour apprécier sainement certaines lois rendues sous son influence, il faut savoir qu'il était très-accessible à la corruption. Du reste, personne n'a plus aujourd'hui l'idée bizarre de déprécier le droit romain en le présentant comme l'ouvrage de Tribonien.

(1) Procope dit sérieusement que Justinien et Theodora étaient des démons qui avaient pris forme humaine.

Lorsque Justinien monta sur le trône, les sources du droit vigueur dans l'Empire étaient : 1° les Constitutions contenues d les Codes Grégorien, Hermogénien, Théodosien, et les Novell c'est-à-dire les Constitutions rendues soit par Théodose le Jeu depuis la promulgation de son Code, soit par ses successeu 2° les écrits des jurisconsultes autorisés, conformément à la *loi citations*, et il parait que très-peu de juges et d'avocats possédai tous ces écrits. Souvent les juges rendaient des décisions arbitrai en opposition à la règle établie. Justinien voulut réaliser l'i qu'avait conçue Théodose le Jeune de rassembler toutes les rè de droit encore applicables. Les rassemblerait-il toutes dans même recueil, comprenant à la fois le *jus* et les *leges;* ou b aurait-il deux recueils distincts, l'un pour les Constitutions im riales, et l'autre pour les décisions des jurisconsultes? C'est à dernier parti que Justinien s'arrêta.

Le 13 avril 528, dans une Constitution qu'il adressa au Sénat Constantinople (1), Justinien nomme une commission (2) et charge de réunir dans un nouveau Code les Constitutions im riales encore applicables, en omettant tout ce qui est inutile, évitant les contradictions, en fondant ensemble plusieurs Con tutions quand la clarté l'exigera, et en faisant subir aux textes tou les corrections jugées nécessaires. Enfin il est recommandé a commissaires d'insérer dans le Code toutes les Constitutions qui une portée générale, non-seulement les Edits, mais également rescrits ou pragmatiques-sanctions. — Le travail fut terminé mois d'avril 529, et promulgué sous le nom de *Codex justin neus* (3). Ce Code, qu'on appelle habituellement *vetus*, ne nous point parvenu.

Justinien, en promulguant son Code, affirme (Const. *Summa r publicæ*, § 3) que, pour terminer tous procès, il suffira de consul ce Code, *adjectis etiam veterum juris interpretatorum laboribus.*

(1) La Constitution *Hæc quæ necessariò.*

(2) D'après la Constit. *Hæc quæ necessariò*, il n'y aurait eu que neuf co missaires; mais il résulte d'une Constitution de 534 qu'il y en eut réellem dix. Parmi les commissaires se trouvaient Tribonien et Théophile.

(3) Voy. la Constitution *Summa reipublicæ*, adressée, en avril 529, à Men préfet du prétoire.

restait maintenant à faciliter l'usage de cette deuxième source. Dans ce but, furent d'abord rendues, à partir de l'année 529, cinquante Constitutions, destinées à trancher les questions débattues entre les anciens jurisconsultes, et aussi à indiquer les institutions ou les règles qu'on devait considérer comme n'étant plus en vigueur (1).

On se mit ensuite à la partie principale du travail relatif au *jus*. A la fin de l'an 530, Justinien, dans une Constitution spéciale qu'il adresse à Tribonien (2), le charge (avec l'aide de collaborateurs qu'il choisira) de faire un recueil des décisions des anciens jurisconsultes, lequel devra être divisé en cinquante Livres et portera le nom de *Digeste* ou de *Pandectes*. Justinien recommande de tenir compte même des écrits, tels que les notes de Paul, d'Ulpien et de Marcien sur Papinien, qui, d'abord autorisés, avaient ensuite perdu cette autorité; on doit seulement laisser de côté ceux qui n'ont jamais reçu force de loi. Il recommande, en outre, d'écarter tout ce qui n'est plus applicable, d'éviter les répétitions et les contradictions, de faire les corrections qui paraîtront nécessaires. Enfin Justinien déclare dès à présent que son Digeste, une fois promulgué, ne pourra devenir l'objet d'aucun commentaire (3); il craint que les commentateurs ne fassent pour son Digeste ce qu'ils ont fait pour l'Edit perpétuel, c'est-à-dire qu'ils n'obscurcissent par leurs interprétations diverses des décisions parfaitement claires en elles-mêmes.

La commission formée et présidée par Tribonien se composait de seize membres, savoir : Constantin, *comes sacrarum largitionum*, etc.; Théophile et Cratinus, professeurs à Constantinople; Dorothée et Anatolius, professeurs à Béryte; plus onze avocats

(1) Au § 1 de la Constitution *Cordi*, de l'an 529, Justinien s'exprime ainsi : *Cùm vetus jus considerandum recepimus, tàm* L *decisiones fecimus quàm alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas Constitutiones promulgavimus : quibus maximus antiquarum legum articulus emendatus et coarctatus est, omneque jus antiquum supervacuâ prolixitate liberum atque enucleatum reddidimus.* Ces L *decisiones* sont plusieurs fois citées aux Institutes : voy. § 3 *De libertinis* (I, 5), et § 16 *De oblig. ex delicto* (IV, 1).

(2) La Constitution *Deo auctore* : L. 1, C., *De veteri jure enucleando* (1, 17).

(3) Plus tard, en promulguant son Digeste, Justinien renouvelle encore la même défense (Const. *Tanta*, § 21).

(*patroni causarum apud maximam sedem præfecturæ quæ orientalibus prætoriis præsidet*). Cette commission puisa dans les écrits de trente-neuf jurisconsultes (1). — Justinien avait prescrit de diviser le Digeste en cinquante Livres. Mais ce n'est là, en quelque sorte qu'une subdivision : le Digeste se divise d'abord en sept parties, dont chacune comprend plusieurs Livres, et chaque Livre à son tour comprend plusieurs Titres (2). — Nous rechercherons un peu plus loin quelle est la méthode qui paraît avoir présidé au travail des commissaires et notamment à la distribution ou au classement des extraits dans chaque Titre.

Le 16 décembre 533, par une Constitution *ad senatum et omnes populos* (la Constit. *Tanta*), le Digeste fut promulgué pour devenir exécutoire à partir du 30 du même mois. Justinien explique que le nom des anciens jurisconsultes n'a pas été mis en oubli : en effet, chaque fragment est précédé d'une *inscriptio*, indiquant le nom de l'auteur et le nom de l'ouvrage d'où ce fragment a été tiré. Mais dans la pratique tous ces extraits doivent être considérés comme des lois émanant immédiatement de Justinien lui-même. En conséquence, aucune distinction ne doit être faite entre les jurisconsultes, et surtout on ne doit jamais comparer l'extrait, qui a seul force de loi, avec le passage original, qui peut avoir été corrigé à dessein. La peine du faux est même prononcée contre celui qui citerait le texte ancien, comme aussi contre celui qui écrirait en abrégé (*per sigla*) le texte légal.

(1) Justinien, s'adressant au Sénat et à tous les peuples, s'exprime ainsi : *Ne incognitum vobis fiat ex quibus veterum libris hæc consummatio ordinata est jussimus et hoc in primordiis Digestorum nostrorum inscribi, ut manifestissimum sit ex quibus legislatoribus, quibusque libris eorum et quot millibus hoc justitiæ romanæ templum ædificatum est. Legislatores autem vel commentatores eos elegimus qui digni tanto opere erant, et quos et anteriores piissimi principes admittere non sunt indignati* (Constit. *Tanta*, § 20). L'*index* qui se trouve dans le manuscrit de Florence est-il précisément ce catalogue placé par ordre de Justinien en tête de son Digeste ? Cela est fort douteux (comp. Puchta, t. I, § 137, note *o*, et M. Walter, Liv. II, § 450, note 17). L'*index* énumère seulement trente-huit jurisconsultes comme ayant fourni des fragments au Digeste.

(2) Voy. la Constit. *Tanta*, §§ 1 et suiv. Chaque Titre a pour objet une matière spéciale, indiquée par un intitulé qu'on appelle *rubrique*. Par exception la matière des legs et des fidéicommis fait l'objet de trois Livres (30, 31, 32) qui ne sont point partagés en Titres.

Comme on travaillait encore aux Pandectes, Tribonien, Théophile et Dorothée composèrent un ouvrage élémentaire, dans le genre des anciennes *Institutes* qu'il était destiné à remplacer. Ils se servirent pour cela des *Institutes* de Gaius et de ses *Res quotidianæ*, quelquefois aussi des *Institutes* d'autres jurisconsultes, toujours en tenant compte des règles nouvelles établies par des Constitutions impériales. Ces *Institutes de Justinien* (1) furent publiées le 21 novembre 533; de même que le Digeste, elles furent exécutoires à partir du 30 décembre (2).

Le Code de 529 devait naturellement présenter des lacunes, qu'on fut en état de reconnaître après quelques années d'application et après que le Digeste eut été promulgué. Ce Code contenait très-peu de Constitutions de Justinien, et l'empereur consentit d'autant plus volontiers à une seconde édition. Le *Codex repetitæ prælectionis* fut publié le 16 novembre 534, pour être exécutoire à partir du 29 décembre : dès lors le *Codex vetus* et les *quinquaginta decisiones* cessèrent d'avoir force de lois (3). Le nouveau Code est divisé en douze Livres, dont chacun comprend un certain nombre de Titres; les Constitutions sont classées dans chaque Titre suivant l'ordre chronologique. Le nouveau Code ne diffère pas seulement de l'ancien en ce qu'il contient beaucoup de Constitutions de Justinien; il contient aussi un certain nombre de Constitutions d'autres empereurs, qui avaient été omises par les premiers commissaires. Réciproquement plusieurs Constitutions qui figuraient dans l'ancien Code ne figurent pas dans le nouveau; et plusieurs ont bien été reproduites dans le nouveau, mais avec des interpolations que d'abord elles n'avaient pas subies (4).

(1) Je dis *Institutes* et non pas *Instituts*, parce que le mot latin est *Institutiones* et non pas *Instituta*.

(2) Voy. la Constitution *Imperatoriam majestatem*, adressée par Justinien *cupidæ legum juventuti*. Comp. la Constit. *Tanta*, § 23. — Justinien songeait déjà à promulguer des Institutes lorsqu'en 530 il chargeait Tribonien de composer le Digeste : voy. la Const. *Deo auctore*, § 11.

(3) Voy., en tête de ce Code qui nous est seul parvenu, la Constitution *Cordi*, adressée par Justinien au Sénat de Constantinople.

(4) La *repetita prælectio* est l'œuvre d'une commission de cinq membres, parmi lesquels Tribonien et Dorothée.

Abroger l'ancien Code au bout de cinq ans, c'était causer u grave dommage à ceux qui se l'étaient procuré ; on pouvait crain dre que bientôt la deuxième édition ne fît place à une troisièm Justinien croit nécessaire de rassurer sur ce point ses sujets, e déclarant que les Constitutions qu'il pourra rendre à l'avenir fero l'objet d'un recueil particulier (1).

La série de ces *Novellæ Constitutiones* (νεαραὶ διατάξεις) commen au 1er janvier 535, pour ne finir qu'à la mort de Justinien, en 56 Nous n'en connaissons pas sûrement le nombre ; on admet, e général, qu'il ne doit pas être au-dessous de cent soixante-cinq. I plupart de ces Constitutions ont été promulguées en grec, quelque unes en latin, plusieurs en grec et en latin tout à la fois. C'est da les cinq premières années qui ont suivi la promulgation du *Cod repetitæ prælectionis* qu'ont été rendues le plus grand nombre d Novelles ; à partir de l'année 545, l'activité législative de Justini diminue sensiblement, ce qu'il faut sans doute attribuer à la mo de Tribonien, arrivée précisément cette année-là. — Justinien av promis, dans la Constitution *Cordi*, de faire un recueil officiel ses Novelles. Il paraît bien qu'il n'a jamais accompli cette pr messe. Cela résulte d'abord de ce qu'il existe plusieurs recue distincts, ayant un caractère purement privé. De plus, un conte porain de Justinien, *Johannes Scholasticus*, parle des Novelles com étant des lois éparses, qui existent σποράδην.

DESTINÉES DU DROIT ROMAIN DANS L'EMPIRE D'ORIENT APRÈS JUSTINIEN.

L'œuvre de Justinien, au point de vue de son application prat que, était une sorte d'anachronisme : dans l'opinion de ses co temporains, au lieu de consacrer en les retouchant les institutio romaines, l'empereur eût fait quelque chose de bien mieux appr prié aux besoins de l'époque par la rédaction d'un Code grec.

Les Institutes, le Digeste et le Code avaient à peine paru qu'

(1) *Si quid in posterum melius inveniatur et ad Constitutionem necessariò redigendum, hoc a nobis et constituetur, et in aliam congregationem referat quæ Novellarum nomine Constitutionum significetur* (Const. *Cordi*, § 4).

s'occupa d'en faire des paraphrases et des extraits en grec (1). Tout d'abord dans les écoles de droit les professeurs donnèrent à leurs élèves des paraphases de ce genre pour les parties de la législation qu'ils devaient enseigner. Ces ouvrages se répandirent ensuite dans la pratique; on en fit de semblables pour toutes les parties de la législation, et, au bout de peu d'années, ils étaient dans toutes les mains, tandis que le texte original des Institutes, du Digeste et du Code était à peu près inconnu dans l'empire de Justinien. Pour les Institutes, peu de temps après leur promulgation, Théophile, un de ceux qui les avaient rédigées, en écrivit une paraphrase en vue du cours qu'il faisait à Constantinople, et cette paraphrase obtint une autorité presque exclusive (2). Stéphane pour le Digeste, Thalleleus pour le Code, donnèrent l'explication εις πλατος, c'est-à-dire une paraphrase détaillée (3). Enfin, pour les Novelles, un abrégé (επιτομη, συντομος) fut composé par Athanase, un autre par Théodore (4).

Dans le VIIIe et dans le IXe siècle, les empereurs de Constantinople furent pris d'une nouvelle ardeur législative. Léon l'Isaurien (de 717 à 741) trouva que les lois de Justinien, c'est-à-dire les paraphrases et les abrégés, n'étaient pas suffisamment répandues parmi les praticiens, que de plus elles étaient fréquemment en désaccord avec la jurisprudence qui s'était formée, et qu'enfin les lois rendues depuis Justinien, comme il arrive souvent aux lois qui existent à côté et en dehors d'un Code, n'avaient qu'une application assez précaire : en conséquence, il voulut faire un *compendium* contenant les règles de droit réellement en vigueur; c'est l'εκλογη των νομων εν συντομω γενομενη (5). Mais Léon avait procédé si arbitrairement en beaucoup de points que son εκλογη ne fut guère appliquée dans la pratique. — Un manuel qui eut un succès plus durable, c'est celui qui fut promulgué vers 878 par Basile le Macédonien,

(1) Justinien lui-même l'avait expressément permis (Constit. *Tanta*, § 21).

(2) Reitz en a donné une excellente édition, avec la traduction en latin.

(3) De ces deux ouvrages nous n'avons que quelques extraits, qui se trouvent notamment dans les Basiliques et dans leurs scholies.

(4) Ces deux abrégés ont été publiés de nos jours, le premier par Heimbach, le deuxième par Zachariæ.

(5) Publiée par Zachariæ, en 1852.

sous le titre de Προχειρος νομος (1) : il a été composé avec du droit justinien, avec l'εκλογη de Léon, enfin avec des lois de Basile lui-même. Vers la fin de son règne, Basile fit une révision de ce manuel, επαναγωγη του νομου (2).

Basile, dans ses deux manuels, parle d'un ouvrage plus étendu qu'il qualifie ἀνακάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων (*repurgatio veterum legum*). Il est probable que cet ouvrage fut promulgué dans l'intervalle entre la promulgation du premier manuel et celle du deuxième; mais il ne nous en est rien parvenu. Le fils de Basile Léon le Philosophe (de 886 à 911), reprit à nouveau le travail dont il s'agit et le promulgua comme loi. C'est ce qu'on appelle les *Basiliques* (ὁ Βασιλικος ou τα Βασιλικα). Ces Basiliques sont divisées en soixante Livres; chaque Livre comprend plusieurs Titres avec rubriques; chaque Titre, plusieurs Chapitres (κεφαλαια); enfin chaque Chapitre, plusieurs paragraphes (θεματα). L'objet des Basiliques c'est l'exposition du droit de Justinien, en tenant compte du προχειρον de Basile. En conséquence, sur chaque matière on indique les règles des Institutes, celles du Digeste, celles du Code et celles des Novelles; de plus, on supprime les contradictions et on met le droit Justinien d'accord avec le droit actuel. Les Basiliques ne nous sont pas parvenues intégralement (3).

Immédiatement après la rédaction des Basiliques, on y ajouta des annotations, des scholies, qui sont puisées aux anciennes paraphrases des recueils de Justinien. Comme nous le voyons par celle de Théophile, ces paraphrases, du moins les plus anciennes, étaient faites en partie à l'aide des écrits originaux d'où ont été tirées les Pandectes et les Institutes : c'est ainsi que les scholies, contenant des fragments de ces écrits, sont utiles pour la connaissance du pur droit romain. Du reste, cette utilité des scholies est un peu diminuée parce que les auteurs des x[e] et xi[e] siècles les ont altérées. Au xii[e] siècle fut faite une nouvelle rédaction, pour laquelle on s

(1) Publié par Zachariæ, en 1837.

(2) Publiée par Zachariæ, en 1852.

(3) La meilleure édition est celle que Heimbach a terminée en 1851. — L'histoire des Basiliques, telle qu'elle vient d'être indiquée, n'est connue que depuis quelques années. On a cru pendant longtemps que ce que nous possédons faisait partie d'une loi promulguée par Constantin Porphyrogénète.

servit des scholies originales et de celles qui avaient été ajoutées ultérieurement. — Après Basile, les jurisconsultes byzantins composèrent encore des ouvrages : ce sont des travaux sur les anciens manuels, de nouveaux abrégés, des recueils de décisions, des travaux sur les Basiliques. Je citerai seulement le Συνοψίς των Βασιλικων, par ordre alphabétique, et le Προχειρον νομων ou *Hexabiblos* d'Harménopoule, manuel composé, en 1345, principalement avec le Προχειρον de Basile, la Συνοψις des Basiliques, etc. (1).

A cela se borne ce que je dois dire de l'histoire du droit byzantin. Les sources de ce droit ne rentrent dans l'objet du présent ouvrage qu'autant qu'elles contribuent à nous faire connaître le droit romain (2).

DESTINÉES DU DROIT ROMAIN EN OCCIDENT APRÈS L'INVASION DES BARBARES.

Rome, au temps de sa grandeur, laissait aux peuples qu'elle soumettait l'usage de leur droit national. Cependant, sous l'Empire, l'application du droit romain se généralisa peu à peu, et, lorsque les Barbares envahirent l'Empire d'Occident au v[e] siècle, ils y trouvèrent des populations romaines par le droit comme par la langue. Les Barbares, en s'établissant dans un pays, y apportaient leurs lois, leurs coutumes ; mais ils ne les imposaient pas aux vaincus, de sorte que ceux-ci continuaient de vivre sous l'empire de la *lex romana*. Ainsi, dans chacun des Etats fondés sur les ruines de l'Empire romain, comme pendant longtemps deux populations distinctes subsistèrent côte à côte sans se fondre l'une dans l'autre, de même pendant longtemps un droit distinct fut applicable à ces deux populations, aux vainqueurs le droit germanique, aux vaincus le droit romain. C'est ce qu'on appelle le *système de la personnalité des lois* (3). Un seul Etat fait exception sous ce rapport

(1) Le manuel d'Harménopoule a été publié par Heimbach, en 1851. — Ce manuel a conservé force de loi en Grèce jusqu'à nos jours.

(2) Pour tracer la rapide exposition qui précède, je me suis surtout servi du *Cours d'Institutes* de Puchta (t. I, § 141). Pour plus de détails, on pourra consulter avec fruit l'*Histoire du droit byzantin* par M. Mortreuil (3 vol., publiés de 1843 à 1846).

(3) Tout en admettant ce système, la tribu conquérante est parfaitement li-

à la règle générale : dans le royaume des Ostrogotns, une même loi, l'Edit de Théodoric, est applicable aux vainqueurs et aux vaincus.

Voyons maintenant, d'une manière spéciale, ce que devint le droit romain en Espagne, en Gaule et en Italie.

Dans le royaume des Visigoths, qui comprenait l'Espagne et une partie de la Gaule, il parut nécessaire, sous le règne d'Alaric II (de 484 à 507), de réunir et de réviser les règles de droit applicables aux sujets romains. Le roi fit faire un Code destiné à remplacer les sources jusqu'alors employées, et ce Code fut promulgué en 506. Des exemplaires authentiques furent envoyés aux principaux magistrats, et il est dit dans un *commonitorium*, qui lui sert de préambule, que le soin de la publication a été confié à Goiaric, *comes palatii*, et qu'Anianus doit certifier les exemplaires par sa signature. Depuis le XVI[e] siècle, le Code dont il s'agit est désigné habituellement sous le nom de *Breviarium alaricianum*. Il contient d'abord un abrégé du Code Théodosien, puis des Novelles des empereurs Théodose, Valentinien, Marcien, Majorien et Sévère. Voilà pour les *leges*. Quant au *jus*, nous y trouvons un *epitome* des Institutes de Gaius, un abrégé des Sentences de Paul, un abrégé des Codes Grégorien et Hermogénien, un passage de Papinien. Enfin toutes les parties du *Bréviaire*, sauf l'*epitome* de Gaius, sont accompagnées d'une *interpretatio :* cette *interpretatio* consiste tantôt dans l'indication d'une règle nouvelle qui a modifié le texte interprété, tantôt dans un simple renvoi à d'autres parties du *Bréviaire*, tantôt dans une paraphrase du texte (1).

Chez les Burgondes (*Burgundiones*), comme chez les Visigoths, une *lex romana* fut promulguée à l'usage des sujets romains. Dans le prologue de la loi germanique (*lex Gundobada*, loi Gombette), le roi déclare que les Romains doivent être jugés d'après les *leges romanæ*,

bre de poser certaines règles applicables même aux sujets romains; et nous avons effectivement la preuve que souvent il en a été ainsi.

(1) Pour plus de détails sur le *Bréviaire d'Alaric*, voy. l'*Histoire du droit romain au moyen âge*, par M. de Savigny. Cet admirable ouvrage a été traduit en 1839, par M. Guenoux. La dernière édition allemande a été donnée, en 1850 et 1851, avec des additions de M. Merkel (7 vol.). — Il existe aussi un beau travail de M. Hænel sur la *lex romana Visigothorum*.

et il ajoute qu'en conséquence les juges recevront *formam et expositionem legum conscriptam :* ce que nous possédons sous le nom de *Papien* doit être la rédaction ainsi annoncée, puisque l'ordre des matières est le même dans la loi Gombette et dans le Papien (1). On a beaucoup discuté sur le point de savoir quelle est la date de cette loi romaine. Suivant M. de Savigny, la loi Gombette dans son état actuel, et la deuxième préface, où est mentionnée la loi romaine, seraient l'œuvre du roi Sigismond et dateraient de l'an 517 ; la loi romaine elle-même aurait été composée dans l'intervalle entre l'an 517 et l'an 534, date de la chute du royaume des Burgondes. Au contraire, suivant M. Gaupp et M. Hænel, la loi Gombette presque tout entière et ce que Savigny considère comme une deuxième préface (ce qui est en réalité une première Constitution) seraient l'œuvre du roi Gondebaud et remonteraient à l'an 472 ; quant à la loi romaine, elle serait plus ancienne que le *Bréviaire d'Alaric.* Enfin un savant français, M. Ginoulhiac, pense que le Papien a été composé dans les premières années du VIe siècle, mais qu'il a ensuite été révisé, une première fois, sous le règne de Sigismond, et, une deuxième fois, un peu plus tard (2). — Le rédacteur du *Papien* a puisé à peu près aux mêmes sources que le rédacteur du *Bréviaire* visigoth, et il paraît avoir eu sous les yeux un grand nombre de textes qui ne nous sont point parvenus (3).

En Italie, ce qui restait de l'Empire d'Occident fut aboli en 476. du reste, la domination d'Odoacre n'eut aucune espèce d'influence

(1) D'où vient cette dénomination bizarre *le Papien?* On l'a expliquée de plusieurs manières :

1° Certains manuscrits contenaient d'abord le *Bréviaire d'Alaric*, puis la *lex romana* des Burgondes; or le Bréviaire d'Alaric se termine par un extrait de Papinien (*Papianus*, comme on écrivait autrefois) : l'*inscriptio* de cet extrait aura été prise pour l'intitulé de la *lex romana*.

2° Il est possible que chez les Burgondes on ait donné à la nouvelle *lex romana* le nom du prince des jurisconsultes romains. Seulement, le copiste aurait ajouté mal à propos, après le mot *Papianus*, ceux-ci : *Lib. I Responsorum*, qu'il voyait en tête du passage final du *Bréviaire*.

Voy. sur ce point une lettre de M. Ed. Laboulaye (*Revue de législ.*, t. X p. 182); voy. aussi Puchta, *op. cit.*, t. 1, p. 689 et 690.

(2) Voy. la *Revue historique de droit français et étranger*, t. II, p. 529 et suiv.

(3) C'est l'opinion de M. Barkow, qui a publié en 1826 une excellente édition de la *lex romana Burgundionum*.

sur l'état du droit romain. Nous savons, au contraire, que Théodoric, roi des Ostrogoths, qui en 493 se trouva maître de toute l'Italie, publia, sous le nom d'*Edictum Theoderici*, un Code dont le droit romain forme la base unique. Il est certain que ce Code est applicable aux Ostrogoths aussi bien qu'aux Romains; mais, sauf ce point, qui n'est pas susceptible de controverse, l'*Edictum Theoderici* donne lieu aujourd'hui encore à des discussions animées entre les plus savants interprètes. On se demande d'abord pourquoi le système de la personnalité des lois a été ainsi laissé de côté dans le royaume des Ostrogoths. Suivant M. de Savigny, cela rentre dans le plan général de Théodoric, qui voulait fondre promptement en une seule nation ses sujets barbares et ses sujets romains; Puchta, au contraire, explique cette particularité en faisant remarquer que Théodoric conquit l'Italie avec le consentement de l'empereur Zénon et qu'après la conquête il fut reconnu par l'empereur Anastase : si en fait il était indépendant de l'empire d'Orient, en droit il n'était qu'un représentant de l'empereur (1), et par suite les règles du droit romain devaient être appliquées à tous ceux qui lui obéissaient. — On se demande encore si l'*Edictum Theoderici* contenait tout le droit en vigueur dans le royaume des Ostrogoths. M. de Savigny pense, et son opinion est très-plausible en raison de la brièveté de l'Édit, que les Goths continuèrent à être régis par le droit goth, les Romains par le droit romain, sur tous les points non prévus par l'Édit. — Enfin l'opinion commune est que le Code de Théodoric fut publié en 500; cependant, plusieurs interprètes croient reconnaître que Théodoric a dû avoir sous les yeux l'*interpretatio* qui fait partie du *Bréviaire d'Alaric* et soutiennent, en conséquence, que la publication de son Code ne peut pas être antérieure à l'an 506. Ce qui est incontestable, c'est que les textes employés par Théodoric ont été complétement défigurés et que souvent il est même impossible de les reconnaître (2).

La domination des Ostrogoths en Italie ne fut pas de longue durée : elle fut bientôt remplacée par celle de Justinien. La conquête;

(1) Aussi les monnaies frappées par les rois ostrogoths portent-elles l'effigie de l'empereur, avec le nom du roi sur le revers.

(2) Voy. M. de Savigny, *Hist. du dr. rom. au moy.-âge*, t. II, chap. XI; Puchta, *op. cit.*, t. I, p. 690; de Vangerow, *Lehrbuch*, t. I, p. 9 et 10.

commencée en 535 par Bélisaire, fut terminée en 553 par Narsès. En 554, Justinien, dans une Constitution qui nous a été conservée (1), prescrit d'observer désormais sa législation dans toute l'Italie. Dès l'année 568, trois ans après la mort de Justinien, les Lombards fondèrent en Italie un nouvel Empire, qui en peu d'années étendit au loin ses frontières : les Grecs conservèrent seulement Ravenne et l'exarchat, la Pentapole, Rome et son duché. Mais, comme le fait remarquer Puchta, cette révolution n'exerça aucune influence sur l'application du droit justinien, ou plutôt elle eut pour résultat de conserver à la loi romaine une pureté plus grande. Les villes qui arrivèrent à un haut degré d'indépendance sont surtout celles où le droit romain resta le plus vivant. La fable suivant laquelle le droit romain aurait complétement disparu après le VIe siècle pour ressusciter ensuite, au XIe ou au XIIe siècle, en vertu d'un ordre arbitraire de l'empereur d'Allemagne, cette fable a depuis longtemps perdu tout crédit auprès des hommes sérieux; mais c'est seulement de nos jours que, grâce aux belles recherches de M. de Savigny, ont apparu des témoignages multipliés de l'application constante et non interrompue du droit romain au moyen âge.

Au XIIe siècle, naquit à Bologne, pour se répandre ensuite dans presque toute l'Europe, une école de jurisconsultes qui s'emparèrent du droit justinien tel qu'ils le virent pratiqué sous leurs yeux, et qui l'élaborèrent avec une puissance véritablement admirable si nous tenons compte des ressources qu'ils possédaient et de l'état d'ignorance où l'on était tombé dans les siècles précédents. Par ces jurisconsultes le droit romain a été communiqué aux nations européennes comme un droit universel, et l'impulsion qu'ils ont donnée aux études juridiques se fait encore sentir aujourd'hui. Ces jurisconsultes sont appelés *glossateurs*, à cause des notes (*glossæ*) qu'ils ajoutaient au texte des lois de Justinien. Le premier des glossateurs est Irnerius, qui écrivait et enseignait à Bologne au commencement du XIIe siècle; le dernier est Accurse, mort en 1260, qui com-

(1) *Pragmatica Sanctio Justiniani imp. complectens varia capitula.* On l'appelle souvent, d'après ses premiers mots, Constitution *Pro petitione Vigilii*. Elle se trouve, au *Corpus juris*, presque immédiatement après les Novelles. C'est le chapitre XI qui contient la disposition dont nous parlons.

posa, sous le nom de *Grande Glose*, un travail où sont rapporté
et résumées les principales observations de ses prédécesseurs. L
glossateurs acquirent dans la pratique une autorité considérabl
et l'on disait généralement : *Quod non agnoscit Glossa, id nec agnos*
Curia. Nous leur sommes certainement redevables de la conserv
tion des textes du droit justinien; nous leur sommes égaleme
redevables, il ne faut pas l'oublier, de beaucoup d'interprétatio
ingénieuses, particulièrement de celles qui n'exigent pas de grand
connaissances historiques ou philosophiques, mais seulement de
sagacité et de la pénétration (1).

Pas plus en France qu'en Italie l'autorité du droit romain n'av
disparu dans la première moitié du moyen âge : d'après une Co
stitution de Clotaire, de l'an 560, d'après la loi des Ripuair
d'après des auteurs francs des IXe et XIe siècles, les ecclésiastiqu
et les *provinciales* (c'est-à-dire les sujets romains) obéissent à la *l*
romana. Mais, tandis qu'en Italie le droit romain finit par suppla
ter complétement le droit germanique, en France, au contraire,
droit romain est bien resté en vigueur jusqu'au commencement
ce siècle, mais non pas d'une manière exclusive. Au nord comm
au midi de la France, l'élément barbare et l'élément romain s'
taient fondus ensemble dès le XIe ou XIIe siècle, et, par conséque
le système des lois personnelles avait dû disparaître, puisque
territoire se trouvait dès lors occupé par un peuple unique. Seul
ment, dans la formation de ce peuple nouveau est-ce l'éléme
germanique qui prévalut ou bien l'élément romain? Cela dépen
au nord, ce fut l'élément germanique; au midi, ce fut l'éléme
romain. Par là s'explique facilement que la France, au point
vue du droit qui la régissait, se divisât en deux parties distincte
au nord, les *pays de coutumes*, et au sud, les *pays de droit écrit*.

(1) En fait d'histoire, l'ignorance des glossateurs est vraiment extraordinai
pour n'en citer qu'un exemple, ils considèrent Justinien comme contempor
de Jésus-Christ. Cela n'a pas empêché Cujas, l'illustre chef de l'école histo
que, de rendre un éclatant témoignage au mérite des glossateurs.

M. de Savigny, dans son *Hist. du dr. rom. au moyen âge*, donne sur
glossateurs des détails très-étendus.

DÉTAILS SUR LES PRINCIPAUX MONUMENTS DU DROIT ROMAIN QUI NOUS SONT PARVENUS.

Les monuments du droit romain qui nous sont parvenus se trouvent dans les compilations de Justinien ou en dehors de ces compilations. Ils se divisent ainsi en deux classes, que nous allons étudier successivement.

I. *Textes contenus dans les compilations de Justinien.* — Toute la législation justinienne est renfermée dans ce qu'on appelle le *Corpus juris civilis* (1). Nous y trouvons les Institutes, le Digeste, le Code et les Novelles (2). C'est ici le lieu d'entrer dans quelques détails sur ces quatre branches du droit justinien, et particulièrement sur les Pandectes.

1° Les *Institutes* sont divisées en quatre Livres. Nous verrons un peu plus loin quel ordre a été suivi pour l'exposition des différentes matières. Chaque Livre se compose d'un certain nombre de Titres, qui ont chacun leur intitulé spécial. Presque tous les Titres contiennent plusieurs Sections, ou, comme nous dirions aujourd'hui, plusieurs articles. Dans chaque Titre, la première Section est appelée *principium*, la seconde § 1, la troisième § 2, etc. — Il existe un très-grand nombre de manuscrits des Institutes : on comprend qu'un travail de cette espèce ait trouvé beaucoup de copistes et beaucoup d'acheteurs. La plupart des manuscrits sont des XIV[e] et XV[e] siècles; quelques-uns, des XII[e] et XIII[e]; aucun ne remonte au-delà du X[e].

2° Quant aux *Pandectes*, nous savons déjà qu'elles comprennent cinquante Livres. La commission présidée par Tribonien a suivi, en général et sauf quelques changements, pour la distribution des

(1) *Civilis*, par opposition à *canonici*. L'expression *Corpus juris* ou *Corpus juris civilis* est déjà employée par les glossateurs.

(2) La plupart des éditions du *Corpus juris civilis* contiennent, de plus : treize Édits de Justinien, — cinq Novelles de Justin, — différentes Constitutions de Justin, de Justinien et de Tibère, — des Novelles de Léon, — des Constitutions de différents empereurs, — les canons des Apôtres, — les *Consuetudines feudorum* (droit féodal de la Lombardie au XII[e] siècle), — le *liber de pace Constantiæ* (Traité de paix signé en 1183 entre l'empereur Frédéric Barberousse et les villes lombardes).

matières, le même ordre que suivaient les anciens jurisconsul quand ils écrivaient les commentaires sur l'Édit, c'est-à-dire l' dre de l'Édit lui-même et de la loi des Douze-Tables (1). — Cl que Livre, à l'exception des Livres 30, 31 et 32, consacrés à matière des legs et des fidéicommis, se divise en un certain no bre de Titres, et dans chaque Titre viennent successivement différents extraits ou fragments de jurisconsultes, qui forment tant de *Lois*. Enfin chacune de ces Lois peut être coupée en p sieurs parties, dont la première est appelée *principium*, tandis la seconde forme le § 1, la troisième le § 2, etc.

D'après quelle règle a-t-on classé dans chaque Titre les di rents fragments? Bien souvent ces différents fragments se suiv sans qu'on aperçoive de lien logique entre ceux qui ont été r prochés l'un de l'autre. De nos jours seulement, on a retrouv règle à laquelle ont obéi en cette matière les commissaires de J tinien : M. Bluhme a montré que l'ordre des fragments dans cha Titre correspond en général à l'ordre suivi pour les études d les Ecoles de droit à l'époque où fut composé le Digeste (2). N voyons, en effet, que les étudiants de première année (3) ent daient expliquer les Institutes de Gaius et quatre matières de d civil (dot, tutelles, testaments et legs); ceux de seconde année, première des sept parties de l'Edit, et, de plus, soit la seconde *judiciis*), soit la troisième (*de rebus creditis*); enfin ceux de t sième année, la seconde ou la troisième partie de l'Edit, et, de pl les *Réponses* de Papinien (4). Ainsi, parmi les ouvrages des anci jurisconsultes, il y en a qui pouvaient servir à l'enseignement chaque année : pour la première année, les Institutes et les co mentaires sur le droit civil ou plutôt sur le traité de Sabinus; p la seconde année, les commentaires sur l'Edit; pour la troisiè année, les *Réponses* (c'est-à-dire les consultations) de Papinien autres ouvrages du même genre. A ces trois classes d'ouvra correspondent précisément, dans la plupart des Titres du Dige

(1) Voy. la Constit. *Deo auctore*, § 5, et la Constit. *Tanta*, §§ 2-8.

(2) *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln* (*Zeitschrift für ge Rechtswiss.*, t. IV, p. 258 et suiv.).

(3) A qui on donnait le sobriquet de *dupondii* (étudiants de deux sous).

(4) Constit. *Omnem reipublicæ*, § 1.

trois séries de fragments : la première série se compose de fragments extraits d'Institutes et surtout de commentaires sur Sabinus; la deuxième, de fragments extraits de commentaires sur l'Edit; la troisième, de fragments extraits des ouvrages de Papinien (1).

Presque tous les manuscrits des Pandectes sont du XII° au XV° siècle et doivent être considérés comme dérivant, d'une manière plus ou moins immédiate, de l'action des glossateurs. Il existe cependant un manuscrit bien plus ancien, car il remonte à l'époque de la domination grecque en Italie. Du temps des glossateurs, ce manuscrit existait à Pise, et on le considérait déjà comme ayant une valeur inappréciable; en 1406, lorsque Pise fut soumise par les Florentins, il fut transporté à Florence, où on le voit encore aujourd'hui. A en croire la tradition, ce manuscrit ne serait autre que l'exemplaire dont se servait Justinien lui-même; l'empereur Lothaire II, l'ayant trouvé à la prise d'Amalfi en 1135, l'aurait donné aux Pisans. Cette tradition ne repose sur aucun fondement sérieux.

Une question sur laquelle on discute depuis longtemps est celle de savoir si le manuscrit de Florence a servi de modèle à tous ceux que nous possédons, de sorte que ce qu'il y a dans ceux-ci de plus ou de différent devrait être considéré comme simples conjectures des glossateurs; ou si au contraire les manuscrits qui nous viennent des glossateurs ont été faits d'après d'autres manuscrits anciens aujourd'hui perdus. La dernière opinion était déjà défendue par Cujas (2); M. de Savigny l'a reprise avec une grande force d'érudition et en faisant valoir des arguments d'une incontestable puissance (3); enfin Puchta l'a également adoptée, en résumant les principales considérations qui militent en sa faveur (4). On peut

(1) Le Digeste contient un peu plus de 9000 fragments : près de 4000 appartiennent à la *série sabinienne*, plus de 3000 à la *série édictale*, un peu moins de 2000 à la *série papinienne*.

(2) *Sum omnibus studiosis auctor*, dit Cujas, *ut, etsi editis Pandectis Florentinis nihil ad Pandectarum restitutionem prætereà quicquam desiderandum esse plerique vociferentur, quotquot potuerunt alias tamen quascumque manu scriptas Pandectas conquirant, certoque judicio earum scripturam expendant et examinent : nec enim fidem habendam esse censeo his qui cæteras omnes ex Florentinis dimanâsse profitentur* (*Observ. lib* II, *c.* 1).

(3) *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. III, ch. 22.

(4) *Op. cit.*, t. I, § 145.

remarquer d'abord que les glossateurs eux-mêmes, quelque respect qu'ils professent pour la leçon florentine (*litera pisana*), lui opposent souvent ce qu'ils appellent *litera vetus* ou *communis*, et sont très-éloignés de considérer ce dernier texte comme une corruption du texte de Florence. D'ailleurs, l'existence en Italie de manuscrits indépendants de celui de Florence est mise hors de doute par la circonstance qu'il y a dans celui-ci des lacunes qui n'existent pas dans les manuscrits que nous ont laissés les glossateurs : il est absolument inadmissible que, pour combler toutes les lacunes, les glossateurs aient été réduits à leurs conjectures; on peut seulement admettre qu'à partir du Livre 43 du Digeste les glossateurs ont reproduit exclusivement le manuscrit de Florence, les autres étant sans doute incomplets en cette partie (1).

En somme, le texte des Pandectes que nous ont transmis les glossateurs, qu'ils appelaient habituellement *litera communis* et qu'on peut appeler *le texte bolonais*, a été établi au moyen du manuscrit de Florence (*litera pisana*) et de certains autres manuscrits originaux aujourd'hui perdus; il faut reconnaître que les conjectures des glossateurs entrent aussi, mais pour une faible part, dans l'établissement du texte bolonais (2).

Les Pandectes ont été imprimées d'assez bonne heure. J'indiquerai ici les trois éditions les plus célèbres. Il y a d'abord l'édition *princeps* (avec la glose), savoir : l'*Infortiat*, Rome, 1475; le *Digestum vetus*, Pérouse, 1476; le *Digestum novum*, Rome, 1476. On a suivi pour cette édition la Vulgate ou plutôt le texte bolonais. Vient ensuite *la Norique*, publiée à Nuremberg, en 1529, par Ha-

(1) Nous ne trouvons pas dans la *Florentine* une division des Pandectes qui existe dans presque tous les autres manuscrits. Je veux parler de la division en *Digestum vetus*, *Infortiatum* et *Digestum novum*. Le *Digestum vetus* comprend les 23 premiers Livres, plus les Titres I et II et même la L. 1 du Titre III dans le Livre XXIV; l'*Infortiatum* commence avec le 3e Titre du Livre XXIV et va jusqu'à la fin du Livre XXXVIII; enfin le *Digestum novum* se compose des 12 derniers Livres. L'*Infortiatum* se subdivise en trois parties, *tres partes*, dont la 2e commence avec le Livre XXX, et la 3e au milieu de la L. 82 *Ad leg. Falc.* (35, 2), précisément aux mots *Tres partes*. Pour les détails, voy. Puchta, *op. cit.*, t. I, § 148.

(2) Comme M. de Savigny, je distingue de la *Vulgate* ce que j'appelle *le texte bolonais*. Je crois qu'il faudrait réserver le nom de *Vulgate* au texte qui reproduit purement et simplement les anciens manuscrits originaux, autres que *Florentine*, que les glossateurs ont eus à leur disposition.

loander. C'est un texte composite : Haloander a choisi, quelquefois un peu arbitrairement, parmi les leçons de différents manuscrits. Enfin l'édition publiée à Florence, en 1553, *curâ Lælii et Francisci Taurelliorum*, est la reproduction exacte de la *litera pisana vel florentina*.

3° Le *Code* se divise en douze Livres, comprenant chacun un assez grand nombre de Titres. Dans chaque Titre, les Constitutions sont rangées suivant l'ordre chronologique. Comme les *fragments* du Digeste, les Constitutions comprennent d'abord un *principium*, puis des paragraphes numérotés.

Comme pour le Digeste, la plupart des manuscrits du Code ne remontent pas au-delà de l'époque des glossateurs. Les manuscrits que trouvèrent les glossateurs du XIIe siècle étaient généralement incomplets, et l'ordre des différentes Constitutions n'était pas le même dans tous. D'ordinaire ces manuscrits ne contenaient que les neuf premiers Livres : en conséquence, les glossateurs appelaient *Codex* ces neuf premiers Livres, et mettaient à part, sous le nom de *Tres libri*, les trois derniers (1). Les mêmes manuscrits ne donnaient pas les Constitutions grecques ou ne les donnaient qu'en partie : les glossateurs omettent toujours ces Constitutions. Enfin, dans ces anciens manuscrits, l'*inscriptio* et la *subscriptio* de chaque Constitution manquaient souvent : les glossateurs, n'y attachant aucun prix, les omettent presque constamment. — D'un autre côté, les glossateurs ont ajouté au Code quelque chose qui n'en fait réellement point partie : ce sont des extraits de Novelles (*authenticum*), rédigés par Irnerius et mis à la suite des Constitutions qui ont le même objet ou qui ont été modifiées (2).

De nos jours, Bluhme a trouvé, à Pistoja et au Mont-Cassin, deux manuscrits du Xe siècle, qui présentent précisément les caractères qui viennent d'être signalés en ce qui concerne les anciens manuscrits. On a également trouvé à Vérone soixante-onze feuillets qui ont fait partie d'un manuscrit plus ancien, contenant même les Constitutions grecques.

(1) Ces trois derniers Livres sont consacrés surtout au droit public.

(2) Les glossateurs ont même rapproché ainsi de certaines Constitutions, par extrait ou intégralement, des lois de Frédéric Barberousse et de Frédéric II : ce sont les *authenticæ Fridericianæ*.

Au XVIe siècle, des travaux considérables furent entrepris pour rétablir dans son intégrité le texte du Code. En 1530, Haloander publia les douze Livres du Code : son édition contient les Constitutions latines, avec les *inscriptiones* et les *subscriptiones*. Un peu plus tard, Cujas, Augustinus et Leconte ont cherché, au moyen des sources byzantines, à restituer les Constitutions grecques. — De nos jours, la science allemande a encore fait un grand pas dans la même voie.

4° Les *Novelles* n'ont jamais été réunies officiellement de manière à former un tout comme le Code. Mais, déjà sous le règne de Justinien, un professeur de Constantinople nommé Julien fit en latin un abrégé de 125 Novelles, probablement dans le but d'en faciliter l'application en Italie. Jusqu'à l'époque des glossateurs, cet abrégé (*Novella*, *liber Novellarum*, *lex romana*) se répandit en Italie plus qu'aucune autre partie de la législation justinienne; plus tard on cessa presque complétement d'en faire usage (1).

A côté de l'abrégé de Julien, fut employé en Italie un recueil de 134 Novelles traduites en latin. Nous voyons qu'Irnerius, après avoir soutenu que c'était l'œuvre apocryphe d'un moine, finit par reconnaître l'authenticité de ce recueil. Il fut dès lors considéré comme ayant force de loi et désigné sous le nom d'*Authenticum* ou de *liber Authenticorum*. — Des 134 Novelles contenues dans l'*Authenticum* les glossateurs en détachèrent quelques-unes qui leur parurent inutiles ou inapplicables et qui ont été appelées *extravagantes* ou *extraordinariæ;* puis ils répartirent les autres, les *ordinariæ*, en neuf *collationes* (à l'imitation des neuf premiers Livres du Code). Les neuf *collationes*, à l'époque d'Accurse, renferment 97 Novelles (98 *tituli*, la Novelle 8 étant divisée en deux *tituli*); les manuscrits d'une époque ultérieure nous présentent souvent, en nombre plus ou moins considérable, des *extravagantes* comprises dans les neuf *collationes*. Le manuscrit le plus complet et le plus précieux, comme se rapprochant le plus de l'état où les glossateurs ont trouvé l'*Authenticum*, est un manuscrit qui existe à Vienne et sur lequel M. de Savigny a le premier appelé l'attention (2).

(1) Il existe un grand nombre de manuscrits de l'abrégé de Julien, et depuis le XVIe siècle il a été plusieurs fois imprimé.

(2) Voy., dans les *Vermischte Schriften*, le curieux travail intitulé *Beitrag zur Geschichte des lateinischen Novellentextes* (t. III, n° 26).

Nous possédons encore un autre recueil. Celui-ci est en grec, et contient 168 Novelles ; mais elles ne sont pas toutes de Justinien : il y a 4 Novelles de Justin II, 3 Novelles de Tibère II, enfin 4 Edits de préfets du prétoire. De plus, quelques Novelles figurent deux fois : par exemple, c'est la même Novelle qu'on trouve sous le n° 32 et sous le n° 34 (1). Ce recueil n'est, en réalité, qu'une assez mauvaise compilation. Il nous est parvenu par deux manuscrits, qui se complètent l'un l'autre. Le premier, le manuscrit de Florence, a été publié, en 1531, par Haloander ; le deuxième, le manuscrit de Venise, a été publié, en 1558, par Scrimger. Il existe, de plus, à Paris, un manuscrit contenant la table en grec des rubriques des 168 Novelles : cette table (*index reginæ*), a été traduite en latin par Cujas et publiée en tête de son *Expositio Novellarum* ; de nos jours, Heimbach l'a publiée dans son texte original.

La première édition des Novelles fut faite, à Rome, en 1476 ; elle contient les 97 Novelles de l'*Authenticum*. Haloander, avec la traduction du recueil grec, publia également le texte de l'*Authenticum*, qu'on appelle habituellement la *Versio vulgata*. L'édition donnée par Leconte (*Contius*), en 1571, contient le texte grec, tel qu'il avait déjà été publié, et le texte latin, soit d'après l'*Authenticum*, soit d'après d'autres sources, par exemple d'après la traduction d'Haloander. Toutes les éditions publiées jusqu'à ces derniers temps reproduisaient cet amalgame bizarre. Enfin Heimbach a doté la science d'un travail qui laisse bien loin en arrière tout ce qui avait été fait relativement aux Novelles (2).

Quelques mots maintenant sur les principales éditions du *Corpus juris*.

Les glossateurs divisaient le *Corpus juris* en cinq parties (*volumina*). Les trois premières comprenaient les Pandectes ; la quatrième, le *Codex*, c'est-à-dire les neuf premiers Livres du Code ; enfin la cinquième, qu'on appelait *volumen* ou *volumen parvum*, les Institutes, l'*Authenticum*, les *Tres libri*, et, de plus, certains

(1) Cela tient à ce que la Novelle avait été publiée en grec et en latin.

(2) *Authenticum. Novellarum Constitutionum Justiniani versio vulgata* (Leipzig, 1846-1851, 2 vol. in-8°.)

monuments étrangers à la législation justinienne. Les plus anciennes éditions du *Corpus juris* répondent à cette division en cinq parties. Du reste, la première édition qui porte le titre collecti *Corpus juris civilis*, c'est l'édition donnée en 1583 par Deni Godefroi (1).

Parmi les anciennes éditions du *Corpus juris*, les unes son glosées, les autres non glosées. Les premières donnent la glose d'Accurse, qui se trouve dans la plupart des manuscrits. Jusqu'au commencement du XVIe siècle, toutes les éditions sont glosées; réciproquement, à partir de l'an 1627, il n'a plus été fait aucune édition glosée.

La plus ancienne des éditions non glosées est l'édition publiée à Paris pendant les années 1525-1527; on y a encore suivi l'ancienne division du *Corpus juris*, laquelle fut bientôt après abandonnée. J'ai déjà mentionné l'édition de Denis Godefroi de 1583; elle contient des annotations où sont indiqués les textes parallèles. Elle a été réimprimée au moins vingt fois; elle l'a été notamment en 1624 avec des annotations nouvelles de Jacques Godefroi. — L'édition dont on fait généralement usage en France est le *Corpus academicum* de Freiesleben; elle a été imprimée pour la dernière fois Bâle (*Coloniæ Munatianæ*), en 1789. Elle est surtout très-commode à cause de l'indication des textes parallèles qui se trouve au bas des pages; du reste, cette indication est presque toujours empruntée à l'édition de Godefroi. Une édition bien préférable, sous le rapport de la correction du texte et de l'indication des variantes, est l'édition publiée à Leipzig par les frères Kriegel, avec l collaboration de MM. Hermann et Osenbrüggen.

II. *Monuments du droit romain qui nous ont été conservés en dehors de la législation justinienne.* — On peut diviser en trois classes le monuments dont il s'agit, savoir : 1° les lois ou Constitutions impériales; 2° les écrits de jurisconsultes; 3° les recueils qui ont un caractère mixte, c'est-à-dire qui contiennent à la fois des lois et de décisions de jurisconsultes. Je vais indiquer successivement le

(1) Ne confondez pas avec Denis Godefroi (1549-1622), son fils Jacques Godefroi (1587-1652), éditeur et commentateur du Code Théodosien.

principaux parmi les monuments qui appartiennent à ces trois classes.

1° Je citerai d'abord ce qu'on appele la *tabula Heracleensis*. Dans le golfe de Tarente, en 1732, furent trouvés deux morceaux d'une table de bronze, s'adaptant parfaitement l'un à l'autre. Cette table portait d'un côté une inscription grecque et de l'autre une inscription latine (1) : la première est un décret (ψήφισμα) pour la ville d'Héraclée, la deuxième une loi romaine. La portion de cette loi qui nous a été conservée (163 lignes) contient des dispositions sur la police de Rome et d'autres sur l'organisation municipale (capacité requise pour être décurion ou magistrat, cens dans les villes d'Italie, changements apportés aux anciennes lois de ces villes). Pendant longtemps, pour désigner cette loi, on disait simplement *Tabula Heracleensis;* M. de Savigny a reconnu qu'il s'agit, au moins en partie, de la *lex Julia municipalis*, proposée par Jules César en 709, loi qui est la base de l'organisation municipale de cette époque et qui a été l'objet de nombreux commentaires de la part des jurisconsultes romains. Du reste, la Table d'Héraclée contenant des dispositions sur des points divers, on se demande si elle nous donne le texte d'une loi unique ou au contraire de plusieurs lois (2).

Je citerai, en second lieu, la *lex Galliæ cisalpinæ*. L'an 711 de la fondation de Rome, la Gaule cisalpine cessa d'être une *province* et fut réunie à l'Italie : dès lors la juridiction, au lieu d'appartenir à un Proconsul, appartint dans certaines limites aux magistrats municipaux. Une loi (ou plutôt un plébiscite) vint régler la compétence de ces magistrats et en même temps la procédure. En 1760, dans les ruines de Veleja, on a trouvé une table sur laquelle est gravée une partie de cette loi (3). Au haut de la table est le nombre IIII; et, comme la table ne donne pas la fin de la loi, il faut en conclure que cette loi était écrite au moins sur cinq tables. La loi était divisée en chapitres : nous avons la fin du 19e, le 20e, le 21e, le 22e et le commencement du 23e. On appelle généralement cette

(1) Cette table existe encore à Naples.

(2) Comp. M. de Savigny, *Vermischte Schriften*, t. III, p. 279-412, et Puchta, *op. cit.*, t. I, § 90.

(3) La table est conservée au musée de Parme.

loi *lex Galliæ cisalpinæ;* son vrai nom paraît être *lex rubria*, qui se trouve dans le texte même.

Je citerai enfin les *Tables de Salpensa et de Malaga*, qui ont été trouvées en 1851 et qui nous donnent en partie des lois municipales rendues sous Domitien. J'aurai plus d'une fois l'occasion d'invoquer ce précieux document (1).

J'ai déjà parlé du *Code Théodosien*, du *Bréviaire d'Alaric* et du *Papien*. Je n'ai pas à y revenir en ce moment (2).

2° Parmi les écrits des jurisconsultes romains qui nous sont parvenus en dehors de la compilation justinienne, le plus important de tous est sans contredit les Institutes de Gaius (*Gaii Institutionum commentarii quattuor*), retrouvées en 1816 par Niebuhr dans un manuscrit de la bibliothèque du chapitre de Vérone. Ce manuscrit contient les lettres de saint Jérôme, mais il est palimpseste : le copiste a lavé et gratté le parchemin sur lequel étaient écrites les Institutes de Gaius, pour le mettre en état de recevoir sa propre écriture. 125 feuilles in-4° portent ainsi le texte effacé de Gaius sous le texte de saint Jérôme, et des moyens chimiques ont dû être employés pour faire reparaître le premier. Il y a même 62 feuilles qui ont servi deux fois après avoir reçu le texte de Gaius, ce qui a beaucoup augmenté la difficulté du travail de restitution. A ce palimpseste de 125 feuilles doit être joint un feuillet compris dans un autre volume : ce feuillet, sur lequel se trouve seulement le texte de Gaius, avait déjà été reconnu et publié au milieu du siècle dernier. Nous avons donc 126 feuilles d'un manuscrit très-ancien (du VIe ou du Ve siècle), qui, d'après le calcul de Bethmann-Hollweg, devait en avoir originairement 129. — En 1817 l'Académie de Berlin chargea Göschen d'aller à Vérone pour y déchiffrer le manuscrit avec l'aide de Bethmann-Hollweg; et si l'on tient compte de l'état du manuscrit, on est forcé de reconnaître que le résultat obtenu par ces deux savants est digne d'admiration. — Göschen a donné successivement plusieurs éditions de

(1) Voy., sur ces *Tables*, le beau travail publié en 1856 par M. Ch. Giraud Voy. aussi Zumpt, *Studia romana* (1859).

(2) Je laisse de côté les lois qui, comme la loi Thoria (loi agraire) si bien restaurée par Rudorff (*Savigny-Zeitschr.*, X, 1-194), n'ont point rapport au droit privé.

Institutes de Gaius. La plus complète a été publiée en 1842, après la mort de Göschen, par Lachmann (1).

En même temps que les Institutes de Gaius, Niebuhr retrouvait à Vérone un fragment d'un ouvrage de droit (*de jure fisci*) dont nous ne connaissons précisément ni la nature ni l'auteur. Un passage de ce fragment revient mot pour mot dans une loi du Digeste de Justinien, dans la L. 45 § 3 *De jure fisci* (49, 14), loi extraite du livre V des Sentences de Paul. Le fragment retrouvé en 1816 pourrait donc bien être de Paul, qui, du reste, avait composé à part *duos libros de jure fisci*.

On peut rapprocher des Institutes de Gaius, au point de vue de l'intérêt qu'il présente, un ouvrage qui nous est parvenu sous ce titre: *Tituli ex corpore Ulpiani*. Cet ouvrage fut trouvé, en 1544, par Dutillet, dans un manuscrit du *Bréviaire*, qui existe encore dans la bibliothèque du Vatican (2). Il est probable qu'Ulpien avait brièvement exposé l'ensemble du droit; mais le manuscrit n'est pas complet : vers le milieu il y a des lacunes considérables, la matière de la succession des affranchis n'est pas terminée, la matière des obligations et celle des actions font absolument défaut. — Les *tituli* ont été extraits d'un écrit d'Ulpien. Mais quel est cet écrit? On admet généralement qu'il s'agit du *liber singularis regularum*. En effet: 1° un texte du Digeste (3), tiré du *liber singularis regularum*, se retrouve mot pour mot dans un passage des *tituli* (4), sauf certaines expressions propres à l'ancien droit que les compilateurs du Digeste ont supprimées; 2° les textes de la *collatio legum mosaïcarum* qui proviennent du même *liber singularis* (5), se retrouvent dans les *tituli* (6). — L'ouvrage d'Ulpien, tel qu'il nous est parvenu dans le

(1) Pour plus de détails, voy. deux mémoires de M. de Savigny (*Vermischte Schriften*, t. III, n°s 28 et 29).

(2) L'ouvrage fut publié, en 1549, par le même Dutillet.
Que le manuscrit du Vatican soit le même dont s'est servi Dutillet, qu'il soit le seul manuscrit ancien, c'est ce qu'a démontré M. de Savigny (*Verm. Schriften*, t. III, n°s 22 et 23).

(3) La L. 17 *De testibus* (22, 5).

(4) Tit. XX, § 6.

(5) *Collatio*, Tit. VI, C. 2, et Tit. XVI, C. 4.

(6) Tit. V, §§ 6 et 7; Tit. XXVI, § 1.

manuscrit du Vatican, est habituellement appelé *Règles* ou *Fragments d'Ulpien* (1).

J'ai déjà mentionné les *Sentences de Paul*, à propos du *d'Alaric* dont elles font partie (*Julii Pauli Sententiarum rum ad filium libri* V). On a beaucoup discuté sur l'origin épithète *receptæ;* je crois qu'il faut l'expliquer simpleme grand crédit que les décisions de Paul avaient obtenu da tique. Le jurisconsulte s'était sans doute proposé de prése une forme concise les règles développées dans d'autres c Du reste, il traite de matières dont ne s'occupaient pas les taires sur l'Edit, telles que la donation, le droit du fisc, pénal, l'appel, l'organisation municipale. — Il est hors que le rédacteur du *Bréviaire d'Alaric* a fait beaucoup d chements : de la comparaison de passages qui nous sont autrement il résulte que des paragraphes et même d entiers ont été mis de côté. Le texte inséré dans le *Brévi* du moins conforme à l'original? Il est certain que celui bien des cas, a été abrégé (2); sans doute il a été qu altéré. — Les *Sentences de Paul* ont été souvent publ première édition a été donnée, à Paris, en 1525; la der 1861, par Huschke (*Jurisprudentia antejustinianea*).

Au commencement du IIIe siècle de l'ère chrétienne, u mairien, *Dositheus magister*, composa un ouvrage intitulé ματα ou *Interpretamenta*. Des trois Livres dont se com ouvrage, les deux premiers contiennent une grammaire et saires, le troisième un recueil d'exercices pour la traductio en grec et réciproquement. Parmi ces exercices se trouve u d'un ouvrage juridique, qui contient plusieurs indicati ressantes (3). De cet extrait il y a dans les manuscrits un t et un texte latin, celui-ci très-défectueux. Quant au texte g

(1) Il est incontestable qu'Ulpien avait composé un ouvrage intitu De plus, il paraît bien que cet ouvrage formait un seul Livre, *liber* Cependant, l'*inscriptio* de la L. 14, D., *De imp. in res dot. fact.* ainsi conçue : ULPIANUS. *lib.* V *Regularum*.

(2) On peut s'en convaincre en comparant le Titre *De intestat.* le *Bréviaire* (IV, 8) et dans la *Coll. leg. mosaic.* (Tit. XVI, C. 3).

(3) Notamment sur la matière des affranchissements.

ucun doute c'est une traduction, faite par Dositheus, d'un ouvrage tin; mais quant au texte latin, il a donné lieu à beaucoup de njectures. Suivant Lachmann (1), Dositheus aurait mis dans son avail l'original latin et sa traduction grecque; l'original latin, à rce de servir aux écoliers, serait devenu ce que nous trouvons ns les manuscrits. — D'où Dositheus avait-il tiré ce texte latin? hilling pense que c'est une compilation de plusieurs jurisconltes (2). C'est plutôt un fragment d'un ouvrage appelé *Regulæ*, mme il semble résulter de l'extrait lui-même (§ 3); et l'on ut croire, avec Lachmann, que ce fragment appartient au *bri* VII *Pauli Regularum*. — L'extrait de Dositheus avait été blié par P. Pithou dès l'année 1573.

3° Des recueils mixtes que nous possédons, le plus important celui qu'on a coutume d'appeler *les Fragments du Vatican*. A la liothèque du Vatican, fut trouvé par l'abbé Maï un manuscrit 28 feuillets, contenant une partie assez notable d'un recueil de tes juridiques (décisions de jurisconsultes et Constitutions impéles). L'abbé Maï le publia, en 1823, sous ce titre: *Juris civilis ejustinianei reliquiæ ineditæ*. Mais bientôt il fut publié, à Paris à Berlin, sous cet autre titre, qui lui est resté: *Fragmenta ticana* (3) — L'auteur du recueil paraît bien avoir eu en vue un t immédiatement pratique. Cependant il admet des décisions i se contredisent ou qui ont cessé d'être applicables de son mps, et cela même rend non douteuse l'authenticité des textes il nous a conservés. — L'auteur du recueil est inconnu. On a tendu que ce devait être le jurisconsulte Hermogénien; mais, ur réfuter cette idée, il suffit de faire remarquer qu'Hermoénien lui-même déclare (4) que dans son ouvrage (*Libri juris itomarum*) il a suivi l'ordre de l'Edit, et que l'ordre des *Fragnts du Vatican* est tout différent. — Le recueil dont le manuscrit Vatican contient une partie doit avoir été composé entre l'année 2 et l'année 438. Il ne remonte pas au-delà de l'année 372,

(1) *Versuch über Dositheus* (Berlin, 1837).

(2) *Dissertatio critica de fragmento juris romani dositheano* (Leipzig, 1819).

(3) La meilleure édition a été donnée en 1860, par M. Mommsen.

(4) L. 2, D., *De statu hominum* (1, 5).

puisqu'il nous donne (*Fragm. Vatic.*, § 37) une Constitution de cette année. D'un autre côté, il était composé en 438, date de la publication du Code Théodosien : car d'abord il cite le Code Grégorien et le Code Hermogénien, non le Code Théodosien ; et, de plus il donne dans leur intégrité primitive des Constitutions dont le texte, remanié et abrégé par les rédacteurs du Code Théodosien est le seul texte légal depuis la publication de ce Code.

Nous avons un autre recueil qui doit avoir été composé à peu près à la même époque, dans lequel sont relatées et comparées des dispositions du droit mosaïque et des dispositions du droit romain. Dutillet, qui a retrouvé ce recueil, pense, d'après une indication de son manuscrit, que l'auteur s'appelait *Rufinus*. Mais évidemment il ne peut pas être question du jurisconsulte Licinius Rufinus qui vivait du temps de Paul : car le recueil qui nous occupe cite les Codes Grégorien et Hermogénien, et cite même une Constitution de Théodose. Suivant Huschke (1), l'auteur serait un Père de l'Eglise, appelé *Rufinus*. — Dans les manuscrits, on lit tout d'abord : *Lex Dei, quam Deus præcepit ad Moysem*. Ces mots, s'ils appartiennent à l'auteur, sont plutôt le commencement d'une préface dont le reste s'est perdu que le titre même du recueil. Celui-ci est habituellement nommé *Collatio legum mosaïcarum et romanarum* (2).

Je citerai enfin un recueil qui paraît avoir été composé dans un but purement pratique, et qui contient des extraits des *Sentences de Paul*, ainsi que des Constitutions empruntées aux trois Codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien. A l'exemple de Cujas, qui l'a publié le premier (en 1577) comme introduction à ses propres consultations (*Consultationes* LX), on a coutume d'appeler ce recueil *Consultatio veteris jurisconsulti*. Il est certain que l'auteur du recueil n'a fait subir aucun changement aux textes qu'il cite ; mais on peut douter qu'il les ait puisés directement dans l'ouvrage original de Paul.

(1) *Ueber Alter und Verfasser der* LEGUM MOSAÏC. ET ROM. COLL. (*Zeitschrift für gesch. Rechtswiss.*, XIII, 1).

(2) Il a été publié pour la première fois par P. Pithou, en 1573.

[STOIRE INTERNE.

EXPOSITION SOMMAIRE

RÈGLES DONT SE COMPOSE LE DROIT PRIVÉ DES ROMAINS.

es dont l'ensemble constitue le droit privé des Romains sivement nombreuses. Il est évident que, pour avoir se reconnaître dans cette infinité de principes, il faut rd les classer, grouper ensemble ceux entre lesquels us grande affinité. On ne comprend pas un homme qui rait d'exposer le droit privé des Romains (comme en e science quelconque) sans avoir arrêté le plan de cette , le classement des matières qu'elle doit embrasser.

ais les Romains jusqu'à nous, bien des systèmes de clasent été proposés relativement aux matières du droit vant Gaius (Comment. I, § 8), les règles de droit ont ment pour objet, soit les personnes, soit les choses, soit : *Omne jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad actiones;* et c'est précisément dans cet ordre, en s'attanature de leur objet, que le jurisconsulte expose les t il s'agit (1). Sur ce point, les Institutes de Justinien ont ment et simplement l'exemple de Gaius; nous y retrou-

ait que Florentinus, jurisconsulte qui vivait à peu près à la même Gaius ou un peu plus tard, et qui avait également composé des suivait pas le même ordre. Gaius lui-même, dans ses *Res quoti*pas employé la même méthode d'exposition que dans ses Ins-

vons même la phrase de Gaius qui vient d'être citée (1). Des qu Livres dont se composent les Institutes de Justinien, le premie consacré aux *personnes;* le second, le troisième et une parti quatrième (les cinq premiers Titres), aux *choses;* enfin la grande partie du quatrième, aux *actions.*

Cette classification, qui des Institutes de Gaius a passé dans c de Justinien, a été souvent critiquée (2). On lui a reproché de voir rien de philosophique. Il est certain qu'il n'est pas possib parler des personnes sans parler des choses, et réciproquem quant aux actions, elles sont toujours exercées par une pers et contre une personne, le plus souvent à propos d'une chose trois branches de la classification ne se distinguent dont pas nettement l'une de l'autre, puisqu'un traité complet *des pers* implique l'exposition des règles relatives aux *choses* et des r relatives aux *actions,* etc. — Je compte pourtant suivre, en gén l'ordre des Institutes de Gaius et de Justinien. Si cet ordre es fectueux, je n'en ai encore trouvé aucun qui lui soit bien r ment préférable. Parmi les systèmes proposés et préconisés ju présent, à ma connaissance il n'en est aucun d'assez parfait permettre au professeur qui enseigne une certaine matiè n'avoir jamais à empiéter sur les matières comprises dans d'a chapitres. Bref, la meilleure de ces classifications générale suivies en Allemagne, souvent fort dissemblables entre elles e conséquent toujours plus ou moins arbitraires, me paraît pour résultat le moins contestable de rendre un peu plus di aux jeunes gens l'étude du droit romain. C'en est assez pour q m'arrête à la classification des Institutes.

— Que devons-nous entendre précisément par les *personn choses, les actions,* c'est-à-dire par les trois objets que nous a successivement étudier?

Persona, dans la langue du droit, a plusieurs acception tinctes. Ce mot est d'abord employé pour désigner l'être hu considéré comme *sujet de droit,* c'est-à-dire comme pouvant

(1) Voy. les premiers mots du *princ. De jure person.* (I, 3). Dans ce éditions des Institutes, cette phrase forme le § 12 du Titre précédent.

(2) Voy. notamment M. Blondeau, *Essais sur quelques points de législ jurispr.,* p. 64 et suiv., 117 et suiv. Comp. M. de Savigny, *System.,* t. I

des droits et être soumis à des obligations. Mais il se peut que le sujet de droit soit un être purement fictif, c'est-à-dire qui n'a point une existence propre et réelle, comme par exemple une commune ou une autre agrégation d'hommes : lorsque la loi reconnait qu'un être de cette espèce peut avoir des droits ou être soumis à des obligations, on est fondé à dire qu'elle lui attribue une personnalité, qu'elle en fait une *persona* (1). Enfin le mot *persona* désigne souvent, et c'est même le sens le plus conforme à son étymologie (2), le rôle ou le personnage qu'un homme joue dans la société, dans la famille, c'est-à-dire la qualité légale sous laquelle il se présente. Ainsi, un tel a la qualité de *paterfamiliâs*, un tel la qualité de *filiusfamiliâs*, etc., et les règles de droit applicables à la *persona patris* ne sont pas les mêmes qui s'appliquent à la *persona filii*.

Le mot *res*, dans son acception habituelle, désigne tout ce qui tombe sous nos sens. Parmi les choses qui tombent ainsi sous nos sens, les unes, comme les astres, la mer, etc., ne peuvent pas être appropriées, résistent par leur nature même à l'idée qu'elles profiteraient exclusivement à un homme ou même à quelques hommes; d'autres, comme un fonds de terre, un cheval, etc., se prêtent très-bien à l'idée d'appropriation, à l'idée qu'une certaine personne aura seule droit à toute l'utilité dont elles sont susceptibles. La science du droit s'occupant plus spécialement des choses de cette dernière espèce, le mot *res* est souvent employé pour désigner les choses qui comptent ainsi dans le patrimoine de chacun. D'un autre côté, les jurisconsultes romains ont imaginé d'appeler *res incorporales* certains droits ou bien encore la masse du patrimoine laissé par un défunt, et c'est ce qui sert à expliquer comment le droit de créance (*obligatio*) est traité dans les Institutes à propos du second objet, c'est-à-dire des *res* (3).

Enfin le mot *actio* désigne le recours qu'une personne adresse à

(1) C'est ce que nous appelons chez nous une *personne morale*.

(2) *Persona*, c'est originairement le masque approprié au personnage que l'acteur devait représenter.

(3) Cependant Théophile, dans sa *paraphrase* (Liv. III, Tit. XIII), considère les *obligationes* comme étant, non pas le complément de la matière des *res*, mais une espèce d'introduction à la matière des *actiones*.

l'autorité pour obtenir justice lorsque son droit est méconnu. Les actions ont été qualifiées quelquefois *droits sanctionnateurs*, et en effet ce sont des droits qui ont ce caractère particulier qu'ils servent à faire respecter les autres.

Justinien, après avoir reproduit la phrase où Gaius signale les personnes, les choses, les actions, comme étant les trois objets auxquels s'appliquent toutes les règles de droit, Justinien ajoute ceci : *Et priùs de personis videamus : nàm parùm est jus nôsse si personæ, quarum causâ constitutum est, ignorentur* (1). Cette idée, empruntée au jurisconsulte Hermogénien (2), est une sorte d'application du principe, méconnu un peu plus haut par Justinien lui-même, qu'il ne peut pas être question de droit là où il ne s'agit pas de personnes (3).

(1) Pr. *De jure person.*
(2) L. 2, D., *De statu hominum* (1, 5).
(3) Voy. ci-dessus, p. 15.

LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.

Il est facile de donner une idée générale des dispositions contenues dans ce Livre I. Elles ont d'abord pour objet de classer les personnes. Ainsi les personnes sont libres ou esclaves; parmi les personnes libres, les unes ont un tuteur, les autres n'en ont pas, etc. Les règles qui déterminent si un tel est libre ou esclave, s'il doit ou non avoir un tuteur, etc., sont des règles relatives au *status* ou à la *conditio* ou au *jus personarum*. Ces trois expressions sont, en effet, synonymes. Après avoir ainsi classé les personnes, il reste à faire connaître les conséquences qui résultent de ce qu'une personne figure dans telle ou telle classe, de ce qu'elle a tel ou tel *status*. Or ces conséquences sont de deux espèces. Quelquefois du *status* dépend la possibilité ou l'impossibilité pour la personne d'avoir tel ou tel droit. Ainsi la personne *sui juris*, en général, peut être propriétaire ou créancier, tandis que la personne *alieni juris* ne peut pas l'être. D'autres fois le *status* est indifférent au point de vue de la jouissance des droits : par exemple, la personne en tutelle peut être propriétaire tout aussi bien que celle qui n'a pas de tuteur; c'est seulement au point de vue de la capacité, ou de l'exercice du droit, que l'une diffère de l'autre, l'une pouvant à son gré disposer de ce qui lui appartient et l'autre ne le pouvant pas.

En résumé, nous aurons à étudier dans le livre I ces deux questions : 1° Combien y a-t-il de classes de personnes; 2° Quel intérêt y a-t-il, soit au point de vue de la jouissance des droits, soit au point de vue de l'exercice, à savoir si une personne est dans telle classe ou dans telle autre? — On comprend, du reste, que le législateur considère les personnes sous différents aspects, et qu'en conséquence il établisse successivement différentes classifications. Par exemple, une personne appartient à la classe des hommes libres et non pas à celle des esclaves; on peut encore se demander si elle appartient à la classe des personnes *sui juris* ou au contraire à la classe des personnes *alieni juris*.

Ire CLASSIFICATION DES PERSONNES : LIBRES OU ESCLAVES.

(*Inst. de Just.*, liv. I, titres III, IV, V, VI et VII.)

Summa divisio de jure personarum, dit Gaius (§ 9), *hæc est quòd omnes homines aut liberi sunt aut servi*. La division la plus large des personnes, c'est la division en libres et esclaves. Cette idée, vraie du temps de Gaius, n'a pas cessé de l'être du temps de Justinien (1).

Cependant on peut se demander s'il n'y a pas là une expression inexacte. L'esclave est-il bien réellement une *personne?* N'est-il pas plutôt une *chose?* Le maître est propriétaire de l'esclave ; il peut le donner, le vendre, le grever d'un droit d'usufruit ou d'un droit d'hypothèque. Tout cela n'implique-t-il pas que l'esclave est une chose? Oui, sans doute, et nous avons même des textes où il est positivement rangé parmi les choses (2). Mais cela n'empêche pas qu'à un autre point de vue l'esclave ne soit véritablement une personne. En effet, si l'esclave peut figurer dans un acte juridique, par exemple dans une vente ou dans un legs, comme objet, il peut aussi y figurer comme sujet; il peut sans doute être vendu ou légué, mais il peut également jouer le rôle d'acheteur ou de légataire. Sous ce rapport, il n'est pas une chose : le legs fait à un cheval serait nul, et le legs fait à un esclave est valable. Du moment qu'on admet que l'esclave peut être sujet d'un droit ou partie dans un acte, il s'ensuit nécessairement qu'il est une personne, et, du reste, les jurisconsultes romains n'hésitent pas à lui reconnaître cette qualité (3).

— Toute personne est libre ou esclave. Ce principe une fois posé, évidemment il est naturel d'en montrer le sens et la portée, en indiquant, au moins d'une manière générale, en quoi consiste la liberté, en quoi consiste l'esclavage. C'est aussi ce que fait Jus-

(1) Aussi la phrase de Gaius est-elle littéralement reproduite dans les Institutes (pr. *in fine De jure person.*) et dans les Pandectes (L. 3 *De statu hom.*).

(2) Voy., par exemple, aux Institutes, le § 1 *De reb. incorporal.* (II, 2).

(3) Ainsi, Paul, supposant un legs fait à un esclave, dit : *Servi persona inspicitur in testamentis* (L. 82 § 2, D., *De leg.* 2°).

tinien, dans les §§ 1, 2 et 3 du Titre *De jure person.*, §§ dont il a emprunté le texte au jurisconsulte Florentinus (1).

La liberté est définie *naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut jure prohibetur.* Cette définition est peut-être un peu vague. On veut dire que celui-là est libre qui, en principe, peut user à son gré des facultés que lui a données le Créateur. Sans doute les lois interdisent certains actes; sans doute il peut arriver qu'un homme sous l'empire de la violence ou de la crainte accomplisse certains faits qui lui répugnent. L'homme qui respecte les interdictions prononcées par la loi, ou qui cède à une contrainte brutale, cet homme n'en est pas moins un homme libre, du moment que le droit commun pour lui est la faculté d'agir ou de s'abstenir comme il lui plaît. En effet, d'abord, quant à ce qui est défendu par la loi, évidemment l'homme qui s'abstient de le faire ne se conduit pas par cela même en esclave; et, quant à ce qui est imposé par la violence, il y a là un pur fait, fait impuissant à détruire l'état de droit que nous appelons *liberté* (2).

Quant à l'esclavage, on nous dit que c'est une institution du droit des gens, en vertu de laquelle un homme est soumis à la domination d'autrui : *constitutio juris gentium, quâ quis dominio alieno contrà naturam subjicitur.* L'usage général de l'antiquité était de réduire en esclavage les prisonniers faits à la guerre; et il paraît certain que les premiers esclaves qu'aient eus les Romains sont des ennemis dont ils s'étaient emparés sur le champ de bataille ou dans le cours d'une guerre. Cela ressort des expressions mêmes qu'ils employaient pour désigner les esclaves : SERVI, dit Justinien après Florentinus, SERVI *ex eo appellati sunt quòd imperatores captivos vendere, ac per hoc* SERVARE *nec occidere, solent; qui etiam* MANCIPIA *dicti sunt, eo quòd ab hostibus manu capiuntur.* Ainsi les deux dénominations que les Romains appliquent aux esclaves se réfèrent également à l'idée que la guerre a été la première source de l'esclavage. Je n'ai rien de plus à dire sur le nom de

(1) Comp. L. 4, D., *De statu hom.*

(2) Il est à peine besoin de faire remarquer qu'il ne s'agit pas ici de la liberté *philosophique*, de cette liberté que nie, contrairement au sens commun, le système appelé *fatalisme*. En réalité, cette liberté-là appartient à tous les hommes, aux esclaves aussi bien qu'aux autres.

mancipia. Quant au nom de *servi*, il viendrait de *servati*, et signifierait que le général, qui pouvait mettre à mort ses prisonniers, pouvait aussi leur laisser la vie en leur enlevant seulement la liberté. Nous voyons, en effet, que les anciens reconnaissaient au général le droit de vie et de mort sur ses prisonniers (1); et Cicéron raconte froidement que les chefs ennemis qu'on amenait à Rome pour orner le triomphe de leur vainqueur étaient massacrés quand arrivait la fin de la fête dont leur présence avait relevé l'éclat (2).

L'esclavage est mentionné dans la loi des Douze-Tables : la 12e Table suppose qu'un esclave, *servus*, a commis un vol. Mais il est à peu près certain que longtemps avant cette loi, et dès la première origine de Rome, il y a eu des esclaves.

— Sur cette matière de l'esclavage, nous aurons à traiter deux questions principales, savoir : 1° dans quels cas est-on esclave? 2° quelle est la condition des esclaves? Occupons-nous dès à présent de la première.

Dans quels cas est-on esclave.

Un homme peut naître esclave; il peut aussi devenir esclave, plus ou moins longtemps après sa naissance. *Servi aut nascuntur aut fiunt*, dit Justinien, au commencement du § 4 *De jure personarum*.

I. *Naît esclave*, en général, celui qui naît d'une mère esclave : *nascuntur ex ancillis nostris*, continue Justinien. Il suffira pour le moment d'avoir posé la règle; les détails viendront un peu plus loin (3).

(1) *In Tarquinienses acerbè sævitum*, dit Tite-Live (VII, 19). *Multis mortalibus in acie cæsis, ex ingenti captivorum numero trecenti quinquaginta octo delecti, nobilissimus quisque, qui Romam mitterentur; vulgus aliud trucidatum. Nec populus in eos qui missi Romam erant mitior fuit : medio in foro omnes virgis cæsi ac securi percussi.*

(2) *Etiam qui triumphant, eoque diutiùs vivos hostium duces servant, ut, his per triumphum ductis, pulcherrimum spectaculum fructumque victoriæ populus romanus perspicere possit, tamen cùm de foro in Capitolium currum flectere incipiunt, illos duci in carcerem jubent; idemque dies et victoribus imperii et victis vitæ finem facit* (2a *actio in Verrem*, lib. V, no 30).

(3) Sur le *princ.* du Titre *De ingenuis* (I, 4).

II. Un homme libre peut *devenir esclave*, soit en vertu du droit des gens, soit en vertu du droit civil.

En vertu du droit des gens, lorsqu'on est fait prisonnier : *jure gentium, id est ex captivitate* (*eod.* § 4). Tous les peuples connus des Romains admettaient que les prisonniers faits à la guerre peuvent être réduits en servitude; il y a là une règle qui n'est point propre au droit romain, mais que les Romains voyaient appliquer partout chez les peuples avec lesquels ils étaient en rapport; c'est une règle qui appartient au *jus gentium*. — Pour que l'esclavage résulte légitimement *ex captivitate*, il faut supposer que des prisonniers ont été faits par une nation sur une autre nation. Ainsi, dans une guerre civile, les prisonniers que l'un des partis fait sur l'autre ne deviennent point esclaves; à plus forte raison, faut-il considérer comme restant *jure liberi* ceux qui sont pris par des brigands ou par des pirates (1). Du reste, il n'est pas absolument indispensable qu'il y eût guerre déclarée entre les deux nations au moment où ont été faits les prisonniers : *si cum gente aliquâ neque amicitiam, neque hospitium, neque fœdus amicitiæ causâ factum, habemus, hi hostes quidem non sunt; quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum. Idemque est si ab illis ad nos aliquid perveniat* (2). — Remarquons dès à présent que l'homme devenu esclave *ex captivitate* ne reste esclave qu'autant qu'en fait il reste au pouvoir du peuple qui l'a fait prisonnier : s'il parvient à retourner *apud suos*, à l'instant même il recouvre légalement sa liberté. C'est ce qu'on appelle le *jus postliminii*.

Je passe aux cas dans lesquels on devient esclave en vertu du droit civil, c'est-à-dire en vertu de dispositions propres au droit romain. Justinien, au § 4 *De jure person.*, n'indique qu'un seul exemple; mais les cas dont il s'agit sont nombreux. J'en indiquerai d'abord quatre qui appartiennent au très-ancien droit romain, puis quatre autres qui ont subsisté jusqu'au temps de Justinien :

1° Le citoyen romain qui, appelé au service militaire en qualité

(1) Ulpien, L. 21 § 1, D., *De captivis et postlim.* (49, 15); L. 24 *eod. Tit.* Voy. aussi Paul, L. 19 § 2 *eod. Tit.*

(2) Pomponius, L. 5 § 2 *De captiv. et postlim.*

de *junior*, ne venait pas à l'appel, pouvait être vendu comme esclave (1).

2° On en disait autant du citoyen romain qui, à l'époque du recensement, ne venait pas se faire inscrire sur les registres tenus par les censeurs. De même que l'inscription d'un esclave faite sur ce registre avec le consentement de son maître lui assurait la liberté, de même le défaut d'inscription d'un homme libre le faisait considérer comme esclave (2).

3° D'après la loi des Douze-Tables, l'homme libre pris en flagrant délit de vol, *si modò id luci fecisset neque se telo defendisset*, était battu de verges (*verberatus*), puis attribué (*addictus*) à celui qu'il avait voulu voler (3). Du reste, Gaius nous apprend que les anciens discutaient sur le point de savoir si en vertu de cette *addictio* il devenait véritablement esclave (4).

4° D'après la même loi des Douze-Tables, le débiteur condamné envers son créancier a un certain délai pour exécuter la condamnation : s'il laisse passer ce délai sans payer, le Préteur l'attribue (*addicit*) au créancier; au bout d'un nouveau délai, il peut être mis à mort ou être vendu *peregrè trans Tiberim* (5).

5° Un homme libre, âgé de plus de vingt ans, s'est laissé vendre comme esclave pour partager le prix (6). Pour bien comprendre ceci, il faut remarquer avant tout que la liberté des personnes n'est pas dans le commerce, qu'ainsi l'état d'homme libre ne peut pas se perdre par l'effet d'une convention, et qu'aucune convention ne peut empêcher de le revendiquer (7). Voilà le principe. Mais il est un genre de fraude qui sans doute s'était présenté assez sou-

(1) *Jàm populus, cùm eum vendidit qui miles factus non est, non adimit ei libertatem; sed judicat non esse eum liberum qui, ut liber sit, adire periculum noluit* (Cicéron, *Pro Cæcind*, n° 34). Le jurisconsulte Arrius Menander dit, de son côté : *Qui ad delectum olim non respondebant, ut proditores libertatis, in servitutem redigebantur* (L. 4 § 10, D., *De re milit.*).

(2) *Cùm populus incensum vendit, hoc judicat : cùm is qui in servitute justâ fuerit censu liberetur, eum qui, cùm liber esset, censeri noluerit, ipsum sibi libertatem abjudicâsse* (Cicéron, *eod. loc.*).

(3) Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XI, 18; XX, 1.

(4) Comment. III, § 189.

(5) Voy. Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 1.

(6) C'est le cas unique mentionné par Justinien, au § 4 *De jure person.*

(7) Voy. Callistrate, L. 37, D., *De liberali causâ* (40, 12).

vent et pour la répression duquel il a fallu apporter une restriction au principe. Titius fait à Mævius la proposition suivante : « Je vais me faire passer pour esclave ; tu me vendras comme tel ; tu te feras payer le prix par l'acheteur, et, quand nous l'aurons dissipé ensemble, je ferai reconnaître ma qualité d'homme libre. » Que cette proposition soit acceptée par Mævius, il ne faut pas que l'acheteur se trouve victime d'une pareille manœuvre : il ne sera pas permis à Titius de revendiquer sa liberté ; il restera donc l'esclave de l'acheteur.

Examinons d'un peu près les conditions requises pour que la liberté soit ainsi perdue. Il faut d'abord que celui qui s'est laissé vendre comme esclave fût *major viginti annis.* Il ne suffit pas qu'il fût sorti de tutelle ; il faut qu'il fût d'un âge tel qu'il a certainement bien compris la portée de son acte. A quel moment a-t-il dû être *major viginti annis?* Pas de difficulté s'il l'était déjà au moment de la vente ; mais il suffirait même qu'il le fût devenu au moment où il a partagé le prix payé par l'acheteur (1).

Il faut, en second lieu, qu'il y ait eu véritablement dol ou fraude chez celui qui s'est ainsi laissé vendre comme esclave. Il faut donc qu'il ait parfaitement su qu'il était libre : si par erreur il s'était cru esclave, il serait trop dur de lui faire perdre la liberté. Tout ce qu'on peut accorder à l'acheteur en cas pareil, c'est le recours contre son vendeur.

Il faut enfin que l'acheteur fût de bonne foi et qu'il ait réellement payé le prix. En effet, s'il a su que le prétendu esclave qu'on offrait de lui vendre était un homme libre, il ne mérite pas qu'on déroge en sa faveur au principe qui met la liberté hors du commerce : le dommage qu'il éprouve, il s'y est volontairement exposé. Et s'il n'a pas encore payé son prix quand la question s'élève, quand l'homme à lui vendu revendique sa liberté, il s'abstiendra de payer et il échappera ainsi à tout préjudice. — Mais qu'arriverait-il si l'acheteur Primus, qui est de mauvaise foi ou qui n'a pas encore payé son prix, avait revendu à Secundus, qui, lui, est de bonne foi et qui a payé son prix ? Évidemment il n'y a rien à reprocher à Secundus, et la protection de la loi lui est

(1) Ulpien, L. 1 § 1, D., *Quib. ad libert. proclam. non licet* (40, 13).

due comme si le premier il eût acheté cet homme libre qui poursuit un gain illicite. La *proclamatio ad libertatem*, qui était possible à l'encontre de l'acheteur Primus, ne sera donc pas possible à l'encontre du sous-acheteur Secundus (1).

A quelle époque a été établie cette manière de perdre la liberté? Il paraît bien que le sénatusconsulte Claudien (rendu l'an 52 de l'ère chrétienne) s'en occupait : car une question qui s'y réfère est traitée dans la L. 5, D., *Quib. ad libert. procl. non lic.*, laquelle est tirée d'un commentaire que Paul avait composé sur le sénatusconsulte Claudien. Il paraît même, d'après les termes employés par Pomponius (L. 3 *eod. tit.*), que ce n'est pas le seul sénatusconsulte qui s'en soit occupé. Mais les sénatusconsultes en question n'auront fait que confirmer une règle depuis longtemps admise : en effet, nous voyons que Quintus Mucius, qui compta Cicéron parmi ses élèves, interprétait déjà la règle dont il s'agit (2). C'est sans doute le Préteur qui aura pris sur lui de refuser l'action en réclamation de la liberté à l'homme libre qui sciemment s'était laissé vendre comme esclave.

6° Le sénatusconsulte Claudien, que je viens de citer, réglait un autre cas dans lequel la liberté est perdue : lorsqu'une femme libre a commerce (*contubernium*) avec un esclave, malgré la défense du maître de cet esclave, elle tombe elle-même en servitude (3). Justinien a formellement abrogé cette disposition (4).

7° Supposons qu'un maître ayant donné la liberté à son esclave, celui-ci se montre ensuite ingrat envers son bienfaiteur. Il paraît qu'en cas pareil une loi rendue sous Auguste, la loi Ælia Sentia, sur laquelle nous aurons bientôt à revenir, permettait au patron d'intenter une accusation criminelle contre l'affranchi (5); et la

(1) *Qui sciens liberum emit*, dit le jurisconsulte Paul, *quamvis et ille se pateretur venire, tamen non potest contradicere ei qui ad libertatem proclamat; sed, si alii eum ignoranti vendiderit, denegabitur ei proclamatio* (L. 33 *De liber. causâ*). De même Ulpien, L. 7 § 2 *h. t.*

(2) L. 23 pr. *De liber. causâ*

(3) Voy., dans les *Sentences de Paul*, le Titre *De mulieribus quæ se servis alienis junxerint, vel ad senatusconsultum Claudianum* (Liv. II, Tit. XXI A).

(4) Voy. la L. un., C., *De senatusc. Claud. toll.* (7, 24); et, aux Institutes, le § 1 *De success. sublatis* (III, 12).

(5) Voy. Paul, L. 70 *De verb. signific.* Voy. aussi Ulpien, L. 30 *Qui et a quib. manum.* (40, 9), et comp. l'*inscriptio* de cette Loi.

peine que l'affranchi pouvait encourir par suite de cette accusation, c'était vraisemblablement ou le travail dans les carrières (λιθοτομιαι, *lautumiæ*) ou la *relegatio ultrà vicesimum lapidem* (1). De plus, lorsqu'un affranchi se conduit mal envers son patron, le préfet de la ville ou le président de la province peut *de plano*, sur la plainte du patron, infliger à l'affranchi une peine corporelle ou pécuniaire (2). L'empereur Claude prononça la *revocatio in servitutem* contre un affranchi coupable d'ingratitude envers son patron (3). Sous Néron, il fut question dans le Sénat d'établir comme règle générale que l'affranchi ingrat perdrait le bénéfice de l'affranchissement; mais l'empereur ne voulut pas l'admettre (4). Une Constitution de l'empereur Commode, dont le texte nous a été conservé par le jurisconsulte Modestin (5), porte que l'affranchi ingrat retombera sous la puissance du patron, que même le magistrat pourra le vendre et que le prix sera remis au patron. On arriva enfin à décider simplement que l'affranchi coupable redeviendrait l'esclave de son ancien maître, et c'est le système que nous trouvons consacré dans la législation justinienne (6).

8° Il fut admis, sous les empereurs, que l'homme libre, condamné au dernier supplice, *in metallum* ou *in opus metalli, ad bestias*, *in ludum venatorium*, perd la liberté à l'instant même où la sentence est prononcée. Il ne devient l'esclave de personne; il est *servus sine domino*, à moins qu'on ne préfère dire qu'il est *servus pœnæ* (7). — Je signalerai dès à présent un adoucissement apporté par Justinien en cette matière : d'après la Novelle XXII, chap. 8, l'individu condamné *in metallum* reste libre, ce qui a notamment pour conséquence de laisser subsister son mariage (8).

(1) Dosithée, *Divi Adriani sententiæ et epist.*, § 3; Tacite, *Annales*, XIII, 26.

(2) L. 1 § 10, D., *De officio præfecti urbi* (1, 12); L. 1 pr. et L. 7 § 1, D., *De jure patron.* (37, 14).

(3) Marcien, L. 5 pr. *De jure patronatûs*.

(4) Tacite, *Annales*, XIII, 26 et 27.

(5) L. 6 § 1 *De agnosc. et al. lib.* (25, 3).

(6) Voy. la Constitution de Constantin qui forme la L. 2, C., *De libertis* (6, 7). Voy. aussi, aux Institutes, § 1 *De capitis demin.* (1, 16).

(7) Voy. notamment les LL. 10 § 1, 8 § 11 et 29, D., *De pœnis* (48, 19). Voy. aussi, Inst., § 3 *Quib. mod. jus patriæ pot. solv.* (1, 12), et § 1 *De cap. deminut.* (1, 16).

(8) Chez nous, sous l'empire du Code Napoléon, certaines condamnations

Nous savons maintenant, d'une manière générale, dans quels cas un homme est esclave. Quant à la condition des esclaves, nous en traiterons plus tard, à propos de différentes matières auxquelles elle se rattache (1). Pour le moment, il suffira de signaler un principe exprimé autrefois par le jurisconsulte Marcien et reproduit par Justinien : *Servorum una est conditio*, disait Marcien (2); *in servorum conditione nulla est differentia*, disent de leur côté les Institutes (3). Comme nous le verrons bientôt, il y a dans cette proposition quelque chose de trop absolu. Ainsi d'abord on comprend que dans la condition du *servus sine domino* et dans celle du *servus publicus* (ou *servus populi romani*) il y ait quelque chose de particulier. De plus, les *coloni adscriptitii*, qui sont devenus si nombreux à partir de Dioclétien, se distinguent sensiblement des esclaves ordinaires.

Mais occupons-nous d'abord des hommes libres. Considérés à un premier point de vue, les hommes libres sont *cives* ou *peregrini*; à un deuxième point de vue, ils sont ingénus ou affranchis.

PREMIÈRE SUBDIVISION DES PERSONNES LIBRES : CIVES ET PEREGRINI.

La distinction du *civis* et du *peregrinus* eut pendant longtemps la plus grande importance; elle a complétement disparu dans le droit de Justinien, bien que dans certains textes se trouvent encore des expressions qui s'y réfèrent.

A mesure que Rome devint plus puissante, ses rapports avec les autres peuples devinrent plus fréquents. Les Romains conquirent des territoires étrangers : de même que les citoyens se rendaient souvent de Rome dans ces pays, de même ceux qui en étaient originaires venaient souvent à Rome. Parmi les étrangers qui se trouvaient ainsi en rapport avec les Romains, les uns étaient

emportaient mort civile, et le mariage du condamné était dissous dès que la mort civile était encourue. L'opinion publique protestait contre ce résultat, et c'est le principal motif qui a fait supprimer la mort civile en 1854.

(1) Les rédacteurs des Institutes s'en sont occupés notamment au § 2 du Titre *De iis qui sui vel alieni juris sunt* (I, 8).

(2) L. 5 pr., D., *De statu hom.* (1, 5).

(3) § 5 *De jure person.*

socii : par un traité d'alliance qui les rendait plus ou moins dépendants de Rome, ils se rattachaient jusqu'à un certain point à l'État romain; les autres étaient des *provinciales* complétement soumis à Rome. Ceux-ci sans doute n'étaient pas citoyens romains; mais, à proprement parler, ils n'étaient pas non plus des étrangers. Pour désigner des étrangers véritables, qui maintenaient leur indépendance vis à vis de Rome, on employait anciennement le mot *hostis* (1); plus tard on employa le mot *peregrinus*, et on l'appliqua même au *provincialis*.

Il fut un temps où celui qui n'était pas citoyen romain ne pouvait avoir à Rome aucune espèce de droit. Cet état de choses fut modifié par la conclusion de traités d'alliance avec certains peuples, par la soumission de certains autres à la domination romaine et par leur incorporation plus ou moins complète. Mais les étrangers restent toujours exclus des droits politiques (*jus suffragii et honorum*, participation aux *munera publica*); et même parmi les règles de droit privé, celles-là seules leur sont applicables qui dérivent du *jus gentium*. Ainsi les étrangers, en principe, n'ont ni le *commercium*, c'est-à-dire le droit de figurer dans cette espèce de vente solennelle qu'on appelle *mancipatio*, ni le *connubium*, c'est-à-dire le droit de contracter un mariage produisant les effets reconnus par le droit civil (2). Du reste, les Romains permettaient en général aux peuples qu'ils soumettaient de conserver leurs anciennes lois, et nous avons effectivement des textes qui nous montrent des *peregrini* se conformant aux *leges civitatis suæ* (3).

Voilà une idée générale de ce qu'étaient les *peregrini*. Voyons maintenant si parmi les sujets de Rome il n'y a pas à signaler plusieurs conditions distinctes. C'est une matière qui pourrait donner lieu à des développements fort étendus; je me bornerai ici à indiquer aussi brièvement que possible ce qu'étaient les *populi*

(1) STATUS DIES *vocatur*, dit Festus, *qui judicii causâ est constitutus cum peregrino : ejus enim generis ab antiquis* HOSTES *appellabantur, quòd erant pari jure cum populo romano, atque* HOSTIRE *ponebatur pro* ÆQUARE. Comp. Cicéron, *De officiis*, n° 12.

(2) *Fragments d'Ulpien*, Tit. XIX, §§ 4 et 5; Tit. V, §§ 3 et 4.

(3) Voy. notamment Gaius, Comment. I, § 92; Comment. III, §§ 120 et 134; — *Fragm. d'Ulp.*, tit XX, § 14; — Dosithée, *Disput. de manum.*, § 12.

fundi, le *jus Latii* comparé au *jus civitatis*, le *jus italicum*, les municipes, les provinces et les préfectures.

Populi fundi. — On appelle ainsi les populations, les villes, qui abandonnaient librement leurs lois pour adopter en tout ou en partie le droit romain (1). Les rapports qu'auront entre elles les personnes qui font partie du *populus fundus* seront bien régis désormais, d'une manière plus ou moins complète, par le droit romain ; mais vis à vis des Romains, leur condition n'est nullement changée, elles n'ont point acquis le *jus civitatis*. Je dis qu'elles n'ont point acquis le *jus civitatis;* elles ont du moins rempli une condition nécessaire pour l'obtenir : car il paraît que Rome ne l'accordait qu'aux villes qui consentaient à devenir *populi fundi* (2).

Jus Latii. — Le Latium, si loin qu'on puisse remonter, se composait d'une association de peuples ou de cités ; ces peuples, au moment où Rome se trouva pour la première fois en rapport avec l'association dont il s'agit, étaient au nombre de trente, avec Albe pour capitale. Après la chute d'Albe, Rome prétendit exercer sur le Latium les droits qui appartenaient à cette ville, et cette prétention amena plusieurs fois la guerre. Enfin, Rome ayant soumis plusieurs villes latines, Tarquin l'Ancien conclut un traité avec les autres. Celles-ci firent entrer de nouvelles villes dans leur association, qui se trouva reformée de *triginta populi*. Sous Tarquin le Su-

(1) Suivant Festus, FUNDUS *dicitur populus esse rei quam alienat, hoc est auctor*. Ainsi, le mot *fundus*, synonyme d'*auctor* (qui lui-même est employé pour *venditor*), exprimerait l'idée d'un peuple qui abdique son ancien droit. D'après d'autres textes, *fundus* exprimerait que le peuple choisit et consacre librement la règle qui lui sera désormais applicable : ainsi Aulu-Gelle (*Nuits att.*, XIX, 8) parle d'un homme qui est *fundus sententiæ*, qui fait sienne une certaine opinion.

(2) Cicéron (*Pro Balbo*, no 8) dit positivement que la loi Julia, qui avait accordé le droit de cité aux *socii* et aux *Latini*, y avait mis pour condition qu'ils deviendraient *populi fundi ;* il ajoute que de violentes discussions éclatèrent à Héraclée et à Naples, beaucoup d'habitants n'ayant pas voulu se soumettre à cette condition. Dans l'affaire de Balbus, on soutenait que même un étranger individuellement ne pouvait obtenir le *jus civitatis* qu'autant qu'il appartenait à un *populus fundus factus*

perbe fut réalisée la soumission du Latium : les Latins furent confondus dans les légions avec les Romains (1). — A la faveur des troubles qui suivirent l'expulsion des rois, l'ancienne ligue latine se constitue de nouveau et déclare la guerre aux Romains. Mais la sanglante bataille du lac Régille (an 261) amène un traité : il est convenu que Rome et le Latium auront alternativement le commandement des troupes et partageront par moitié les terres et le butin pris en commun ; que les Romains et les Latins, dans leurs affaires d'intérêt privé, seront considérés comme citoyens d'un seul et même Etat. Bientôt le bénéfice de ce traité est communiqué aux Herniques : aussi voyons-nous que les Latins n'ont plus droit qu'à un tiers du butin. Cette alliance, rompue lors de la prise de Rome par les Gaulois (an 366), fut ensuite renouvelée, et, au commencement du v° siècle, les Romains possédaient une véritable prépondérance sur tout le Latium. Il vint un jour où les Latins demandèrent que l'un des deux Consuls fût pris parmi eux, ainsi que la moitié du Sénat (2) : de là une grande guerre, où les Latins succombèrent complétement (an 416), et l'ancienne association latine fut dès lors dissoute pour toujours (3). Du reste, les villes latines qui n'obtinrent pas le *jus civitatis* continuèrent d'être désignées par l'expression *nomen latinum*.

Quelles étaient les règles de droit applicables à ces Latins ? Entre eux, les règles suivies devaient avoir une grande analogie avec le droit romain : en effet, les deux peuples avaient une origine commune. Dans leurs rapports avec les Romains, les Latins avaient une condition meilleure que celle des *peregrini* en général. D'abord ils avaient le *commercium* : cela paraît incontestable, en présence d'un passage de Tite-Live (XLI, 8) où il est dit que des Latins *liberos suos Romanis mancipio dabant*. Avaient-ils également le *connubium ?* Il est certain qu'ils l'avaient à l'origine : la sœur d'Horace avait été fiancée à un Albain (4); de plus, Tite-Live dit,

(1) Voy. Tite-Live, I, 52.
(2) Tite-Live, VIII, 3, 4 et 5.
(3) Voy., dans Tite-Live (VIII, 14), le détail des conditions diverses qui furent faites par les Romains aux différentes cités latines. Plusieurs obtinrent le *jus civitatis*. « Mais les Romains, ajoute Tite-Live, *cæteris latinis populis connubia commerciaque et concilia inter se ademerunt.* »
(4) Tite-Live, I, 26.

en parlant de Tarquin le Superbe : *Octavio Mamilio Tusculano* (*is longè princeps latini nominis erat...*) *filiam nuptum dat, perque eas nuptias multos sibi cognatos amicosque ejus conciliat* (1). Gaius dit bien (Comment. I, § 57) que des vétérans peuvent obtenir de l'empereur *connubium cum his Latinis peregrinisve quas primas post missionem uxores duxerint,* ce qui suppose évidemment que le Latin pas plus que le pérégrin ordinaire n'a de plein droit le *connubium;* et, de même, Ulpien dit expressément (*Fragm.*, V, 4) qu'il n'y a *connubium cum Latinis et peregrinis* que moyennant une concession spéciale. Mais ni Gaius ni Ulpien ne songent aux *Latini veteres,* qui avaient cessé d'exister de leur temps.

On admet généralement qu'à une certaine époque il fut permis aux Latins qui se trouvaient à Rome et qui avaient assisté aux comices de prendre part au vote dans une tribu que le sort désignait. Tite-Live dit, en effet (XXV, 3) : *Sitella allata est, ut sortirentur ubi Latini suffragium ferrent.* Mais plusieurs interprètes n'entendent cela que des Latins à qui avait été spécialement octroyé le *ius civitatis cum suffragio* (2).

Enfin on avait établi au profit des Latins plusieurs modes qui leur facilitaient singulièrement l'acquisition de la qualité de citoyens romains. D'abord une loi, sur laquelle nous n'avons d'ailleurs aucuns détails, portait que tout Latin résidant à Rome, pourvu qu'il eût laissé dans sa ville *stirpem ex se*, pouvait devenir citoyen romain et comme tel se faire inscrire sur les registres du cens (3). De plus, le Latin qui dans sa ville avait géré une magistrature devenait par là même citoyen romain; du reste, on peut croire que le *jus civitatis* n'était pas acquis également à sa femme et à ses enfants (4). Enfin la loi Servilia *repetundarum*, rendue vers l'an 650

(1) Tite-Live, I, 49.

(2) Voy. Puchta, *op. cit.*, t. I, § 62, note *h*. En faveur de l'opinion commune, M. Rudorff tire argument du ch. 53 des *Tables de Malaga.*

(3) Voy. Tite-Live, XLI, 8. Quelques interprètes pensent que cette loi s'appliquait non-seulement aux Latins, mais à tous les *socii.*

(4) Gaius, Comment. I, § 96, le dit expressément; mais en le disant il ne pensait pas aux *Latini veteres.* Sa pensée paraît être simplement que, si quelquefois un homme obtient le droit de cité *cum liberis suis,* ce n'est pas le cas de celui qui l'obtient pour avoir géré une magistrature. Ce qui fait la difficulté de ce § 96, c'est d'abord que dans le manuscrit il y a une lacune au commencement, c'est ensuite le mot *lattum*. Je crois qu'il faut lire *latum;* d'autres

de la fondation de Rome, promettait le droit de cité comme récompense à tout Latin qui aurait accusé un magistrat de concussion et qui l'aurait fait condamner (1).

— Lorsque les Romains avaient soumis un peuple et l'avaient dépouillé en tout ou en partie de son territoire, ils assuraient habituellement leur domination en y transplantant un certain nombre de citoyens entre lesquels ils partageaient les terres conquises. Il paraît, du reste, que cette habitude de fonder des colonies a existé très-anciennement chez les différents peuples italiques. Les colons venaient s'établir à côté des anciens habitants, sans se mélanger avec eux; et ces anciens habitants, en général, n'avaient aucune part à l'administration de la colonie. Les colons conservaient le droit de voter à Rome dans les comices par centuries et par tribus; mais, en raison de l'éloignement, on comprend qu'ils durent rarement l'exercer. Dans ces colonies on envoyait d'abord des Romains de bonne volonté; on y admettait même des Latins, qui n'obtenaient pas pour cela le droit de cité; enfin, à défaut d'un nombre suffisant d'hommes de bonne volonté, le Consul tirait au sort parmi les citoyens les plus aptes au service militaire. — A partir du VIIe siècle de la fondation de Rome, l'établissement des colonies fut combiné avec les lois agraires comme un moyen d'assurer l'existence de la partie la plus pauvre du peuple. Des colonies furent ainsi établies hors de l'Italie, et c'était encore un moyen de *romaniser* les provinces. — L'établissement d'une colonie suppose toujours un sénatusconsulte, et même, depuis le Ve siècle, le sénatusconsulte doit être confirmé par un plébiscite.

Dès que Rome fut entrée dans l'association latine, des colonies d'une nouvelle espèce sortirent de cette association; et, après

lisent *latium*. Suivant Niebuhr, le droit des *Latini veteres* était appelé *majus Latium*, par opposition à celui des colonies latines, qui n'était qu'un *minus Latium*. Quant à M. Th. Mommsen, à l'aide d'un passage des *Tables de Salpenza* (§ 21), il prétend que le texte de Gaius (fin du § 95 et commencement du § 96) doit être restitué ainsi : *Quod jus quibusdam peregrinis civitatibus concessum est, tributo jure majoris Latii. Eo enim differunt Latium majus et minus, quòd majus Latium est cùm non solùm qui magistratum gerunt, sed conjuges et parentes et liberi etiam eorum qui magistratum gerunt, civitatem romanam consequuntur; minus Latium est cùm hi tantùm....*

(1) Cicéron se réfère à cette disposition, *Pro Balbo*, 24.

qu'elle fut dissoute, Rome continua d'établir des colonies latines (1). Son but était de fonder dans un certain nombre de localités comme autant de pépinières d'alliés fidèles et de soldats valeureux. Un citoyen romain pouvait entrer dans une colonie latine ; mais il renonçait par là même à son droit de cité (2). — Les colonies latines étaient considérées comme de petits États indépendants, faisant partie du *nomen latinum* et alliés de Rome. Leur organisation était modelée sur celle des villes du Latium. Elles se gouvernaient elles-mêmes : elles avaient leurs magistrats et leur Sénat. Elles avaient aussi leur cens particulier et leurs censeurs; seulement il fut décidé, en 550, que, douze d'entre elles ayant abandonné les Romains pendant la guerre, leurs registres seraient apportés à Rome par leurs censeurs et soumis aux censeurs romains (3).

La condition des *Latini coloniarii* est, en général, la même que celle des *Latini veteres*. Ainsi les modes pour acquérir le droit de cité s'appliquent aux uns comme aux autres. Seulement les *Latini coloniarii* n'ont pas le *connubium* (4). Sous l'Empire, ils ont certainement le *commercium* (5); mais l'ont-ils toujours eu? Ce qui fait difficulté à cet égard, c'est un passage du discours de Cicéron *pro Cæcinâ* (n° 35). Le client de Cicéron était de Volaterre, ville à qui Sylla avait enlevé le *jus civitatis ;* il s'agissait de savoir si néanmoins Cécina avait pu valablement être institué héritier : *Sulla ipse*, dit Cicéron, *itâ tulit de civitate, ut non sustulerit horum nexa atque hereditates* (tout en leur ôtant le droit de cité, il a laissé aux Volaterrans le *commercium*). *Jubet enim eodem jure esse quo fuerint Ariminenses ; quos quis ignorat duodecim coloniarum fuisse et a civibus romanis hereditates capere potuisse?* M. de Savigny (6) croit qu'il y a là une allusion à ce fait que, pendant la guerre d'Annibal, sur trente

(1) Le nom de *colonies latines* se rencontre pour la première fois à l'époque de la guerre d'Annibal. En 545, il y avait déjà *triginta latinæ coloniæ populi romani* (Tite-Live, XXVII, 9 et 10).

(2) Cela est indiqué par Cicéron (*Pro Cæcinâ*, 33). Voy. aussi Gaius, I, 131; III, 56.

(3) Tite-Live, XXIX, 15 et 37.

(4) Voy. Gaius, I, 57; *Fragm. d'Ulp.*, V, 4. Ci-dessus, p. 180.

(5) *Mancipatio locum habet*, dit Ulpien (*Fragm.*, XIX, 4), *inter cives romanos et latinos coloniarios....*

(6) *Verm. Schriften*, t. I, p. 20-26.

colonies latines, douze abandonnèrent les Romains et dix-huit (parmi lesquelles Ariminum) leur restèrent fidèles : suivant lui, ces dernières obtinrent comme récompense le *commercium*, et la condition dans laquelle elles se trouvèrent aurait été ensuite communiquée à Volaterre. M. de Savigny, on le voit, est obligé de corriger le texte de Cicéron : au lieu de XII, que donnent tous les manuscrits, il lit XIIX (équivalent de XVIII). Son interprétation est aujourd'hui abandonnée. Très-probablement Cicéron ne pensait pas à la conduite des colonies latines pendant la seconde guerre punique ; du reste, il est très-difficile de savoir ce que sont les douze colonies dont il parle, et sur ce point les conjectures les plus diverses ont été mises en avant (1). Quoi qu'il en soit, nous sommes fondés à croire que les *Latini coloniarii*, comme les *Latini veteres*, ont toujours eu le *commercium*.

Dès l'année 584 de la fondation de Rome, nous voyons établir en Espagne une colonie latine. Plus de 4000 individus étaient nés de soldats romains et de femmes espagnoles : le Sénat décida qu'ils pourraient être affranchis et envoyés à Carteia, sur l'Océan, pour y former une colonie latine avec ceux des anciens habitants qui voudraient y entrer (2). Depuis, il arriva fréquemment dans les provinces qu'une ville, indépendamment de toute *deductio coloniæ*, obtint le *jus Latii*. Cela fut réalisé sur une grande échelle, en 665, pour les villes de la Gaule transpadane, par Pompeius Strabo. Enfin les empereurs furent de plus en plus prodigues de ce *jus Latii*, et Vespasien l'accorda en bloc à toute l'Espagne (3).

Quant au *jus civitatis*, à partir de la seconde guerre punique, il fut accordé assez rarement. Au commencement du VII[e] siècle, la plupart des peuples de l'Italie ne l'avaient pas encore obtenu : ils fournissaient à Rome des troupes et de l'argent, mais ils n'avaient point part au gouvernement. Les Gracques parlèrent d'accorder aux Latins le droit de cité, aux autres Italiens le droit de suffrage ; mais aucune proposition de ce genre ne fut adoptée. Cependant beaucoup d'individus se faisaient inscrire sans droit sur les tables du cens et usur-

(1) Voy. M. Walter, *op. cit.*, t. I, chap. XXVIII, § 253, note 84.
(2) Tite-Live, XLIII, 3.
(3) Pline appelle *Latini veteres* les villes espagnoles qui l'avaient déjà obtenu antérieurement.

paient ainsi la cité romaine. En 659, la loi Licinia Mucia vint réprimer cet abus; elle souleva de violents murmures parmi les Italiens. Livius Drusus ayant demandé sans succès qu'on leur accordât le droit de cité, il en résulta pour Rome une guerre des plus sérieuses : c'est la guerre sociale. Dès le commencement de la guerre, en 664, une loi de Jules César offrit le droit de cité aux peuples qui n'avaient pas encore pris les armes, notamment à toutes les villes comprises sous le *nomen latinum ;* l'année suivante, on l'offrit successivement aux autres peuples, à mesure qu'ils se soumettaient, et enfin aux Lucaniens et aux Samnites, qui résistèrent les derniers. L'Italie devient ainsi un Etat unique, dont Rome est la capitale. Les nouveaux citoyens furent d'abord compris dans huit tribus; mais il paraît qu'ils obtinrent ensuite d'être répartis dans les trente-cinq tribus (1).

Les empereurs usèrent largement de la faculté d'accorder le *jus civitatis.* Les concessions individuelles se multiplièrent d'autant plus qu'il y avait là pour le Prince une source de bénéfices. Il paraît que Marc-Aurèle faisait citoyens tous ceux qui le demandaient et qui pouvaient payer (2). Enfin, au nombre des spéculations financières d'Antonin Caracalla se trouve la concession du droit de cité à tous les habitants de l'Empire (3). — Quelle est précisément

(1) *Cùm ità civitas Italiæ data esset, ut in VIII tribus contribuerentur novi cives, ne potentia eorum et multitudo veterum civium dignitatem frangeret, plusque possent recepti in beneficium quàm auctores beneficii, Cinna in omnibus tribubus eos se distributurum pollicitus est* (Velleius Paterculus, II, 20).

(2) *Data cunctis promiscuè civitas romana,* dit Aurelius Victor. Telle est aussi la pensée de Spartien, lorsqu'il dit que les ancêtres de Septime Sévère étaient déjà chevaliers romains avant que le droit de cité n'eût été prodigué, *antè civitatem omnibus datam.*

(3) Dion Cassius raconte (LXXVII, 9) qu'Antonin Caracalla, après avoir porté de 1/20 à 1/10 l'impôt sur les successions et sur les affranchissements, imagina un autre moyen pour rendre cet impôt plus productif : comme il ne pesait que sur les citoyens romains, il suffisait de faire des citoyens romains de tous les habitants de l'Empire. Ulpien dit, de son côté, dans un texte qui nous a été conservé par Justinien : *In orbe romano qui sunt, ex Constitutione imperatoris Antonini cives romani effecti sunt* (L. 17, D., *De statu hom.*). — Justinien (Nov. 78, ch. 5) attribue à Antonin le Pieux la Constitution dont il s'agit. C'est une mauvaise interprétation du texte d'Ulpien. Ce texte même prouve qu'il ne peut être question que d'Antonin Caracalla : car, en général, les jurisconsultes romains n'appellent *imperator* que le prince sous le règne duquel ils écrivent; s'agit-il d'un empereur déjà mort, ils le qualifient toujours *Divus.*

la portée de cette Constitution d'Antonin Caracalla? C'est un point sur lequel on a beaucoup discuté. D'abord il paraît certain que la Constitution ne s'applique pas aux esclaves : non-seulement les esclaves n'acquièrent pas le droit de cité, ils n'acquièrent même pas la liberté. En sens inverse, je crois qu'elle a complétement supprimé la condition des *Latini coloniarii* : si Ulpien parle encore de cette condition (*Fragm.*, XIX, 4), c'est dans un passage qu'il écrivait probablement avant que la Constitution n'eût été rendue. Maintenant, la Constitution s'applique-t-elle aux affranchis qui, en vertu des règles particulières à l'affranchissement, étaient latins juniens ou déditices? S'applique-t-elle aux individus qui ont perdu le droit de cité à titre de peine, aux déportés? Je ne le crois pas. La matière de l'affranchissement, la matière des peines, sont des matières tout à fait spéciales, sur lesquelles il ne paraît pas que se soit portée l'attention de l'empereur. Non-seulement, depuis la Constitution, des individus sont devenus latins ou déditices par suite d'affranchissement, pérégrins par suite de condamnations; mais même ceux qui avaient déjà cette condition au moment où la Constitution a été rendue ne sont point devenus citoyens par l'effet de la Constitution (1). La question la plus délicate est celle de savoir si Antonin Caracalla entendait établir comme principe absolu que désormais toutes populations qui accéderaient à l'Empire, par exemple à la suite de conquêtes, obtiendraient par cela seul le *jus civitatis*. Nos anciens auteurs admettent en général l'affirmative (2); mais, de nos jours, cette opinion est presque universellement abandonnée. Je crois, en effet, que la Constitution d'Antonin Caracalla n'était pas destinée, dans sa pensée, à produire un résultat autre qu'une série de concessions individuelles du *jus civitatis* qu'il aurait faites à tous les *peregrini* ou *Latini coloniarii* actuellement en état de devenir citoyens romains. Ne serait-il pas bizarre qu'il eût eu la prétention d'enchaîner la liberté de ses successeurs, en réglant lui-même dès à présent le sort des nouvelles provinces qu'ils pourraient ajouter à l'Empire?

Jus italicum. — On a cru pendant longtemps, sur la foi de

(1) Voy. en ce sens M. Ortolan, *Explic. histor. des Instit.*, t. I, n° 382.
(2) Voy. aussi M. Ortolan, *loc. cit.*

Sigonius, que le *jus italicum* constituait une condition intermédiaire entre celle des Latins et celle des *peregrini* en général. Cette opinion a été victorieusement réfutée par M. de Savigny (1). Sans doute l'existence du *jus italicum* peut influer sur la condition des personnes. Mais ce n'est pas principalement, comme la qualité de Latin ou de pérégrin, une qualité des personnes : jamais on ne parle de personnes ayant le *jus italicum*. Il s'agit d'une prérogative accordée, non à des personnes, mais à des villes, à des territoires, prérogative qui peut du reste avoir certains avantages pour les habitants de la ville ou du territoire, considérés comme tels (2).

L'institution du *jus italicum* existait certainement sous les premiers empereurs (3). Son origine première paraît même être dans les lois qui, après la guerre sociale, ont unifié l'Italie en la distinguant des provinces. La loi Julia *municipalis*, de l'an 709, met dans une catégorie particulière les municipes, colonies ou préfectures qui se trouvent *in Italiâ* (4). On peut donc, avec M. de Savigny, considérer Jules César comme l'auteur de cette institution du *jus italicum*.

Suivant toute apparence, la concession du *jus italicum* n'a pas été faite à un très-grand nombre de villes (5). Elle pouvait être faite soit aux colonies, soit aux municipes; il est très-douteux qu'elle pût l'être à une simple ville de province.

En quoi consistait précisément le privilége résultant du *jus italicum?* Il consistait d'abord en ce que les immeubles compris dans le territoire de la ville qui l'avait obtenu étaient par là même susceptibles du *dominium ex jure Quiritium*, et des modes civils d'ac-

(1) *Vermischte Schriften*, t. I, p. 29-80.

(2) On peut consulter sur la matière du *jus italicum* l'intéressant travail publié par M. Ch. Revillout (*Revue histor.*, t. I, p. 341 et suiv.). J'ai surtout mis à contribution, pour l'exposition sommaire qui va suivre, M. Walter, *op. cit.* t. I, chap. XXXVI, §§ 319 et 320.

(3) Elle est mentionnée dans l'*Histoire naturelle* de Pline.

(4) *Tabula Heracleensis*, vers la fin.

(5) Les villes que nous connaissons comme ayant obtenu le *jus italicum* sont indiquées par Pline et par les jurisconsultes dont des fragments figurent au Titre du Digeste *De censibus* (50, 15). Voy. aussi la Constitution des empereurs Valentinien, Valens et Gratien, qui forme le Titre *De jure italico urbis Constantin.*, au C. Théod. (14, 13).

quisition de ce domaine (*mancipatio, usucapio*, etc.), tandis que les fonds provinciaux en général n'en étaient point susceptibles (1). Toute règle de droit applicable aux fonds italiques était certainement applicable à ceux qui, non situés en Italie, jouissaient du *jus italicum*. — En second lieu, le *jus italicum* a une grande importance au point de vue du cens et de l'impôt : cela ressort déjà clairement de ce que les fragments de jurisconsultes romains relatifs à ce *jus italicum* qui nous ont été conservés par Justinien ont tous été insérés dans le Titre *De censibus* (50, 15). Effectivement nous voyons dans la loi Julia *municipalis* que les habitants de la ville sont recensés par leur magistrat d'après la même formule qui est suivie à Rome, *ex formulâ censûs quæ Romæ proposita erit*, et que la liste ainsi dressée est apportée à Rome *per legatos* et remise aux censeurs. Nous voyons de plus que les habitants sont exempts de l'impôt, soit de l'impôt foncier, soit du *tributum capitis* (2). Les Italiens, qui avaient été dispensés de l'impôt proportionnel aux biens depuis la soumission de la Macédoine, en 587, y furent de nouveau soumis à partir de l'an 711 ; les villes investies du *jus italicum* continuèrent d'en être exemptes, ce qu'on explique en disant que l'institution du *jus italicum* est antérieure à l'an 711, et qu'elle ne cessa pas, par suite des changements survenus en Italie, d'être ce qu'elle était au moment même de son origine.

En troisième lieu, comme les habitants des villes d'Italie, de même les habitants des villes de province investies du *jus italicum* jouissaient de certaines prérogatives personnelles. Ainsi, nous voyons qu'en vertu de la loi Julia et Papia Poppæa on est exempté de certaines charges, notamment de la tutelle et de la curatelle, *propter liberos*, lorsqu'on a des enfants : à Rome, il faut avoir trois enfants ; en Italie, quatre ; dans les provinces, cinq (3). Le citoyen d'une ville de province qui a le *jus italicum* n'aura pas besoin d'avoir cinq enfants pour pouvoir réclamer le bénéfice de l'exemption, il lui suffira d'en avoir quatre. Ainsi s'explique que

(1) Voy. Gaius, Comment. II, §§ 7, 21 et 46.

(2) *Divus Vespasianus*, dit Paul (L. 8 § 7 *De cens.*), *Cæsarienses colonos fecit, non adjecto ut et juris italici essent; sed tributum his remisit capitis. Sed D. Titus etiam solum immune factum interpretatus est.*

(3) Voy. notamment, aux Institutes, pr. *De excusat. tut. vel curat.* (I, 25).

la L. 7 *De censibus*, tirée du commentaire de Gaius sur la loi Julia et Papia Poppæa, nous fasse connaître des villes qui jouissaient du *jus italicum*. — Autre exemple : en Italie, aux termes de la loi Furia *de sponsu*, certaines cautions, les *sponsores* et les *fidepromissores*, ont ce double avantage d'être libérées de leur engagement *biennio*, par la seule expiration du délai de deux ans, et de n'être tenues envers le créancier que *pro partibus virilibus*; dans les provinces, *lex Furia locum non habet*, et, par conséquent, les *sponsores* et les *fidepromissores* sont tenus *in perpetuum* et *in solidum* (1). Il est plus que probable que la loi Furia était applicable non-seulement *in Italiâ*, mais de même *in provincialibus urbibus cum jure italico*.

M. de Savigny et Puchta, après lui, attachent un quatrième effet au *jus italicum*. Suivant eux, la ville à qui était accordé le *jus italicum* obtenait par là même une constitution municipale indépendante. « En effet, disent-ils, nous avons des pièces de monnaie de douze villes, et sur toutes on voit la figure de Silène; or cette figure est le signe de l'indépendance municipale. » Il n'y a pas là un argument sérieux : en effet, d'une part, sur les douze villes dont il s'agit il y en a sept pour lesquelles il n'est pas certain qu'elles eussent le *jus italicum*; et, d'autre part, pour beaucoup de villes qui avaient certainement le *jus italicum*, la monnaie ne porte pas la figure de Silène. Il paraît donc bien qu'il n'y a point de rapport entre le *jus italicum* et la liberté municipale, que le premier peut exister là où l'autre n'existe point, et *vice versâ* (2).

Il est à peine besoin de faire remarquer que le *jus civitatis* peut exister là où n'existe point le *jus italicum*. En conséquence, même après la Constitution d'Antonin Caracalla, qui a rendu citoyens tous les sujets de l'Empire, le *jus italicum* a continué d'assurer à certaines villes une position privilégiée. Aussi voyons-nous qu'il a encore été plus d'une fois accordé depuis la Constitution dont il s'agit (3).

(1) Voy. Gaius, Comment. III, §§ 121 et 122.
(2) Sur ce dernier point, voy. particulièrement M. Ch. Revillout, *loc. cit.*
(3) Antonin Caracalla, en donnant le *jus civitatis* à tous ses sujets, avait

Municipes. — Le mot *municipium* indique proprement la participation aux droits du citoyen romain, participation accordée aux habitants d'une ville étrangère (1). Lorsque l'habitant d'un *municipium* se trouve à Rome, il y exerce les mêmes droits (sauf le *jus suffragii* et le *jus honorum*), il y est soumis aux mêmes charges, que les citoyens romains, sans rien perdre de ses droits dans sa ville (2). A Rome, il a le *commercium*, le *connubium*, il peut plaider devant les juges romains. Telle était notamment la condition des habitants de la ville de Cære (3). Soumis aux charges publiques, il fallait nécessairement que les *Cærites* qui se trouvaient à Rome fussent inscrits sur un registre particulier, indiquant leur fortune, et voilà l'origine des *tabulæ Cæritum* (4).

Cette acception originaire du mot *municipium* n'est pas la seule : ainsi la ville de Cære, qui a d'abord été *municipium* dans le sens qui vient d'être indiqué, l'a été ensuite dans un autre. Cela ressort avec évidence d'un texte de Paul Diacre, qui est ainsi conçu : MUNICIPIUM, *id genus hominum dicitur qui, cùm Romam venissent neque cives romani essent, participes tamen fuerunt omnium rerum ad munus fungendum unà cum romanis civibus, præterquàm de suffragio ferendo aut magistratu capiendo, sicut fuerunt Fundani..., qui post aliquot annos cives romani effecti sunt. Alio modo, cùm id genus hominum definitur quorum civitas universa in civitatem romanam venit,*

augmenté le produit de l'impôt. Il l'aurait, au contraire, singulièrement restreint s'il eût donné le *jus italicum* à tout le territoire de l'Empire.

(1) Aulu-Gelle indique bien ce qui distingue les membres d'un municipe et les membres d'une colonie, lorsqu'il dit (*Nuits att.*, XVI, 13) : *Municipes sunt cives romani ex municipiis, legibus suis et jure suo utentes, muneris tantùm cum populo romano honorarii participes; a quo munere capessendo appellati videntur, nullis aliis necessitatibus, neque ullâ populi romani lege adstricti, nisi, inquam, populus eorum fundus factus est... Sed coloniarum alia necessitudo est : non enim veniunt extrinsecùs in civitatem, nec suis radicibus nituntur; sed ex civitate quasi propagatæ sunt, et jura institutaque omnia populi romani, non sui arbitrii, habent.*

(2) *Municipes erant,* dit Festus (au mot MUNICEPS), *qui ex aliis civitatibus Romam venissent, quibus non licebat magistratum capere, sed tantùm muneris partem. At Servilius aiebat...* Servilius prenait le mot *municipes* dans un autre sens : pour lui, les *municipes* étaient toujours citoyens romains.

(3) Aulu-Gelle, *loc. cit.*

(4) Voy. ci-dessus, p. 59 et 60.

ut Aricini, Cærites, Anagnini. Tertio, cùm id genus hominum definitur qui ad civitatem romanam ità venerunt uti municipia essent sua cujusque civitatis et coloniæ (1), *ut Tiburtes....* Ainsi, dans un premier sens, les *municipes* sont des étrangers, qui ont seulement obtenu des Romains, pour l'exercer quand ils viennent à Rome, ce qu'on a quelquefois appelé l'*isopolitie* (2); dans un deuxième sens, ce sont les habitants d'une ville à qui le *jus civitatis* a été conféré d'une manière générale, soit *cum suffragio*, soit *sine suffragio* (3); enfin, dans un troisième sens, les *municipes* appartiennent à une ville qui a le *jus civitatis*, non par la simple volonté du peuple romain, mais parce que cette ville a trouvé bon d'accepter l'offre qui lui était faite de devenir romaine. La troisième classe de municipes ne remonte pas au-delà de la guerre sociale : chose remarquable ! à la suite de cette guerre, les colonies latines qui reçoivent le *jus civitatis* deviennent des municipes; et Paul Diacre y fait allusion à la fin du passage que j'ai rapporté.

Cicéron dit, à propos d'Arpinum, que celui qui est originaire d'un municipe a véritablement deux patries, ce municipe lui-même et la ville de Rome : *Ego, mehercule, et illi* (*Catoni*) *et omnibus municipibus duas esse censeo patrias, unam naturæ, alterum civitatis* (4). Quelquefois les historiens désignent l'Italien d'un municipe qui s'est fixé à Rome, sous le nom d'*inquilinus civis urbis Romæ;* ils le distinguent ainsi des anciens Romains, mais la distinction n'a point d'intérêt pratique (du moins quand il s'agit d'un municipe qui a obtenu *civitas cum suffragio*).

Que le municipe ait ou non obtenu le *jus suffragii*, il a toujours son administration indépendante, à moins qu'elle ne lui ait été retirée à titre de peine. Ainsi nous voyons dans Cicéron (5) qu'à

(1) Probablement il faut lire : ... *uti municipes essent suæ quisque civitatis et coloniæ.*

(2) Voy. M. Walter, *op. cit.*, t. I, chap. XI, § 85.

(3) *Cære* finit par devenir un municipe de cette espèce (ou une préfecture, comme le dit Festus). A quelle époque? Ce ne peut être que depuis l'an 549 : voy. Tite-Live, XXVIII, 45.

(4) *De legibus*, II, 2.—Cicéron parle souvent du municipe d'Arpinum; mais en réalité c'était une préfecture et non un municipe proprement dit. Du reste, d'après la loi de la Gaule cisalpine, il peut y avoir un *præfectus municipii*.

(5) *Pro Milone*, 10.

la fin du VII[e] siècle le municipe de Lanuvium (*civitas cum suffragio*) avait encore son dictateur, c'est-à-dire une très-ancienne magistrature des villes latines (1); et, quant aux municipes *sine suffragio*, nous voyons dans Festus (v° *municeps*) que leurs habitants étaient bien citoyens romains, mais *ea conditione ut semper rempublicam separatim a populo romano haberent*. Les municipes avaient leur conseil (correspondant au Sénat de Rome), leurs magistrats, leurs assemblées; on leur laissait aussi l'usage de leur droit local. Quant au cens, lorsque les *municipes* avaient la *civitas cum suffragio* et que par conséquent ils étaient inscrits dans une tribu, ils devaient se présenter à Rome aux censeurs; les autres étaient recensés dans leurs municipes, et les listes envoyées à Rome. On distinguait de même au point de vue du service militaire.

La loi Julia *municipalis* (de 709) contient des dispositions générales concernant les *municipia*, *coloniæ*, *præfecturæ*, *fora et conciliabula*. Cette loi est restée pendant bien longtemps la règle fondamentale pour l'administration des villes. Sous l'Empire, nous voyons à la tête de l'administration, dans les municipes et dans les colonies, des magistrats élus chaque année et qui portent habituellement le nom de *Duumvirs*; comme les anciens consuls de Rome, ils président aussi à l'administration de la justice, mais dans certaines limites que nous étudierons plus tard. A côté des magistrats, il y a dans toutes les villes un Sénat ou *ordo decurionum*, composé ordinairement de cent membres et qui délibère sur les affaires municipales; les décurions sont nommés par le Sénat lui-même parmi les citoyens ayant une certaine fortune. — On distingue dans les villes les *municipes* et les *incolæ* (2) : les *municipes* appartiennent à la ville par filiation, par affranchissement, par adoption (3); les *incolæ* sont des étrangers qui sont venus y fixer leur domicile (4). — En général, les *municipes* étaient citoyens romains. Il pouvait cependant y avoir mélange de citoyens romains et de latins; c'est précisément ce qui avait lieu à Salpenza et à Malaga. Alors les

(1) Tite-Live, I, 23.
(2) Voy. notamment la *Table de Malaga*, chap. LIII et LV.
(3) Ulpien, L. 1 pr., D., *Ad municipalem* (50, 1).
(4) Pomponius, L. 239 § 2, D., *De verb. signif.* (50, 16).

deux classes devaient être représentées soit dans l'*ordo*, soit en ce qui concerne les magistrats.

Aulu-Gelle (*Nuits att.*, XVI, 13) termine ainsi le parallèle qu'il a tracé des municipes et des colonies : *Coloniarum conditio cùm sit magis obnoxia et minùs libera, potior tamen et præstabilior existimatur, propter amplitudinem majestatemque populi romani, cujus istæ coloniæ quasi effigies parvæ simulacraque esse quædam videntur, et simul quia obscura obliterataque sunt municipiorum jura, quibus uti jàm per innotitiam non queunt.*

Provinces. — J'ai déjà dit quelques mots de la condition des provinces (1). En général, les habitants d'une province sont considérés comme un peuple étranger; ce sont des *peregrini*, dans le sens propre du mot. La province est dans un état de subordination absolue : Rome a droit de faire tout ce qu'elle juge convenable. *Quasi quædam prædia populi romani*, dit Cicéron (2), *sunt vectigalia nostra atque provinciæ*. Sans doute on laisse aux habitants leur droit national. Mais la première loi d'organisation contient déjà des dispositions relatives à l'administration de la justice et au droit civil; et ces dispositions sont complétées et étendues par l'Edit que le Proconsul ou Propréteur publie à son entrée en fonctions.

Une province était divisée en districts ayant chacun pour capitale une grande ville. Le gouverneur y tenait, avec une grande solennité, des espèces d'assises (*conventus*).

Dans plusieurs provinces, les Romains trouvèrent établi un impôt proportionnel aux biens, analogue au *tributum* romain : ils le conservèrent et le développèrent. On apprit, de plus, à connaître l'impôt foncier. Les deux impôts existaient en Sicile, et le mot *vectigal* paraît avoir été appliqué à l'un et à l'autre. Les citoyens romains qui possédaient des immeubles en province payaient l'impôt foncier, comme les *provinciales;* mais sans doute ils n'étaient pas tenus de déclarer ces immeubles à Rome lors du recensement. — Il y avait, en outre, plusieurs espèces d'impôts extraordinaires.

J'aurai plus loin l'occasion de revenir sur la distinction faite par

(1) Voy. notamment ci-dessus, p. 71.
(2) 2ᵉ *actio in Verrem*, II, 3.

Auguste entre les provinces de l'Empereur et les provinces du Sénat ou du peuple romain. Cette distinction subsista, avec quelques changements, jusqu'au IIIe siècle de l'ère chrétienne.

Préfecture. — On appelle ainsi une ville dont la condition est assez analogue à celle d'une province, en ce sens qu'on lui enlève son indépendance locale, le droit de s'administrer elle-même. Pour la ville de Capoue, nous voyons dans Tite-Live (1) qu'en 436, par suite des dissensions intestines qui la déchiraient, on y envoya de Rome des préfets, tout en lui laissant une organisation municipale indépendante ; mais qu'en 543, par suite de sa trahison dans la guerre d'Annibal, après avoir fait mettre à mort les sénateurs et avoir dépouillé les habitants du *jus civitatis*, on décida qu'il ne fallait pas lui laisser une ombre d'indépendance municipale et que chaque année on y enverrait un préfet *ad jura reddenda* (2). Un assez grand nombre d'autres villes sont indiquées comme ayant été punies de la même manière. En général, elles conservent une sorte d'existence communale ; mais elles n'ont point de magistrats à elles, elles sont administrées par un préfet envoyé de Rome (3). Quatre préfets étaient choisis chaque année parmi les XXVI*viri* élus par le peuple ; les autres étaient nommés par le *prætor urbanus* (4).

La condition des préfectures, même en faisant abstraction de Capoue et des autres villes qui furent traitées avec une rigueur exceptionnelle, n'est point partout identique. Quelquefois cette condition se confond presque complétement avec celle d'un municipe. Tel est le cas d'Arpinum, que Cicéron appelle constamment *municipe* (5). Arpinum avait obtenu, en 451, la *civitas sine suffragio*, en 566 la *civitas cum suffragio* (6) ; Arpinum avait ses assemblées et ses lois municipales (7). Seulement, il ne lui était pas per-

(1) IX, 20 ; XXVI, 16.

(2) *Capua in formam præfecturæ redacta est*, dit Velleius Paterculus, II, 44.

(3) *Erat quædam earum respublica*, dit Festus (v° *Præfecturæ*), *neque tamen magistratus suos habebant.*

(4) Festus, *eod.* v°.

(5) Festus (*eod.* v°) range expressément Arpinum parmi les préfectures.

(6) Voy. Tite-Live, X, 1 ; XXXVIII, 36.

(7) *Avus quidem noster singulari virtute*, dit Cicéron (*De legibus*, III, 16), *in hoc municipio, quoad vixit, restitit Gratidio, ferenti legem tabellariam.*

mis de nommer des duumvirs; on lui envoyait trois *ædiles*, et c'étaient ses seuls magistrats (1). — La constitution d'une préfecture était naturellement changée quand on y établissait une colonie. La plupart des préfectures furent ainsi transformées par l'institution de colonies militaires. Quant aux autres préfectures, elles ont, en général, à partir de la guerre sociale, leur Sénat, leur cens, certains magistrats locaux, et leurs citoyens peuvent parvenir aux magistratures romaines : aussi les appelle-t-on dès lors des municipes. Cependant la loi Julia *municipalis* continue de distinguer les municipes, les colonies, les préfectures; elle mentionne aussi les *fora et conciliabula*, c'est-à-dire les villes moins importantes. Au IIIe siècle, le jurisconsulte Paul parle encore de municipes, de colonies et de préfectures (2); mais la plupart des préfectures avaient certainement disparu. Du reste, nous voyons que, sous l'Empire, en cas d'empêchement des magistrats ordinaires d'une ville, ils sont remplacés par un *præfectus*.

Pour terminer ce que j'ai à dire sur cette première subdivision des personnes libres, *cives* et *peregrini*, il me reste à examiner une question importante : D'après quelles règles se détermine la condition de l'enfant qui vient au monde? quand dirons-nous qu'il naît *civis romanus*, ou *latinus*, ou *peregrinus?*

A cet égard, les jurisconsultes romains avaient posé deux règles fondamentales :

Première règle. Lorsqu'il y a *connubium* entre le père et la mère, l'enfant suit la condition du père; lorsqu'il n'y a pas *connubium* entre le père et la mère, l'enfant suit la condition de la mère (3). Par exemple, l'enfant qui naît d'un *civis romanus* et d'une *latina*, à qui le *connubium* n'a pas été spécialement accordé, naît latin (4). — Cette règle comporte une exception. Supposons un enfant qui

(1) *Constituendi municipii causâ, hoc anno, ædilem filium meum fieri volui, et fratris filium, et Cæsium : is enim magistratus in nostro municipio, nec alius ullus creari solet* (Cicéron, *Epistolæ*, XIII, 11).

(2) *Sentences*, IV, VI, § 2.

(3) *Connubio interveniente, liberi semper patrem sequuntur; non interveniente connubio, matris conditioni accedunt...* (Fragm. d'Ulpien, V, 8).

(4) *Ibid.*, § 9.

naît d'un *peregrinus* et d'une *civis romana*, entre lesquels il n'y a pas *connubium* : d'après la règle, l'enfant devrait suivre la condition de sa mère, naître *civis romanus* ; mais la loi Mensia veut qu'il suive la pire condition, qui est ici celle de son père (1). Quelle est précisément la portée de cette exception? s'applique-t-elle quand le père est un *latinus* ou seulement quand il est un *peregrinus* ordinaire? Je crois qu'il faut distinguer : à mon sens, la disposition de la loi Mensia concernait bien les *Latini veteres*, mais non les *Latini coloniarii*. C'est ce que décidait très-probablement le § 79 du commentaire I de Gaius, lequel par malheur ne nous est point parvenu dans son entier. Gaius, dans ce § 79, compare entre elles plusieurs classes de Latins, et sans doute il parle de la loi Mensia lorsqu'il dit : *Ad alios Latinos pertinet, qui proprios populos propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero.* Quant à l'affranchi latin, nous voyons, dans le § 80, qu'un sénatusconsulte rendu sous Adrien avait décidé pour l'enfant né de cet affranchi et d'une *civis romana* précisément l'inverse de ce que la loi Mensia décidait pour l'enfant né d'un *peregrinus* et d'une *civis* : en vertu du sénatusconsulte, cet enfant sera toujours citoyen romain, *meliorem conditionem sequetur*. Dans le § 80 il s'agit de savoir quelle est la condition de l'enfant né d'un affranchi latin et d'une *civis romana* : la même question était traitée dans le § 79, mais seulement en supposant que le père est un latin non affranchi.

Deuxième règle. Si la condition du père ou de la mère qui doit donner sa condition à l'enfant n'est pas toujours restée la même, à quel instant la considérerons-nous? Pour le père, la condition est toujours considérée au moment de la conception; pour la mère, au moment de l'accouchement (2). Cette décision ne me paraît pas philosophique : je voudrais que la condition de la mère, comme celle du père, fût prise au moment de la conception. En

(1) *Ex peregrino et cive romanâ peregrinus nascitur, quoniam lex Mensia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi jubet* (*ibid.*, § 8 *in fine*). Cette loi Mensia n'est mentionnée dans aucun autre texte, et Puchta estime qu'au lieu de *Mensia* il faut lire *Ælia Sentia* (*op. cit.*, § 217, note *h*).

(2) *In his qui jure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur; in his autem qui non legitimè concipiuntur, editionis* (Fragm. d'Ulpien, V, 10).

effet, si l'existence physiologique de l'enfant n'est pas complète, si elle tient à celle de la mère jusqu'à l'accouchement, il n'en est pas ainsi de son existence juridique : en droit, l'enfant simplement conçu a déjà une existence indépendante. Le principe devrait donc être que sa condition ne changera point par contre-coup des changements qui peuvent venir affecter la condition de la mère. — Cependant la règle qui vient d'être indiquée paraît avoir été admise par tous les jurisconsultes romains, et Gaius nous en donne plusieurs applications. Une *civis romana* étant enceinte, la peine de l'interdiction de l'eau et du feu est prononcée contre elle, de sorte qu'au moment où elle accouche elle est devenue *peregrina*. Quelle sera la condition de l'enfant? Si, ayant été conçu hors mariage, il doit suivre la condition de sa mère, il naîtra *peregrinus* (1). De même, en sens inverse, une *peregrina* devient enceinte hors mariage, puis elle acquiert la cité romaine et elle accouche; le père est inconnu : l'enfant naît citoyen romain. Si au contraire cette *peregrina* était mariée à un *peregrinus*, mariée *secundùm leges moresque peregrinorum*, alors, aux termes d'un sénatusconsulte rendu sur la proposition d'Adrien, l'enfant naît *peregrinus*, à moins que le père n'ait aussi acquis la cité romaine (2).

L'enfant né latin ou pérégrin conformément aux dispositions qui viennent d'être indiquées peut quelquefois obtenir une condition meilleure, et ce par le fait de ses père et mère, sans qu'il y ait eu concession à lui faite principalement. Je citerai seulement deux exemples. Un citoyen romain épouse par erreur une latine ou une pérégrine qu'il croit *civis romana;* il en a un fils, lequel est, comme sa mère, latin ou pérégrin : le père peut, aux termes d'un sénatusconsulte, *causam erroris probare*, et alors la mère et

(1) *Hi qui illegitimè concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur;... at hi qui legitimè concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt. Itaque, si cui mulieri civi romanæ prægnanti aquâ et igni interdictum fuerit, eoque modo peregrina fiat, et tùm pariat, complures distinguunt et putant, si quidem ex justis nuptiis conceperit, civem romanum ex eâ nasci; si verò vulgò conceperit, peregrinum ex eâ nasci* (Comment. I, §§ 89 et 90).

(2) Voy. Gaius, Comment. I, § 92. Sur la dernière hypothèse, comparez le § 94.

l'enfant deviendront citoyens romains (1). De même, en sens inverse, une *civis romana* a épousé par erreur un pérégrin qu'elle croyait *civis romanus* : elle peut *causam erroris probare*, et alors son fils et son mari deviendront citoyens romains (2). J'aurai, du reste, l'occasion de revenir sur cette *erroris causæ probatio.*

DEUXIÈME SUBDIVISION DES PERSONNES LIBRES: INGÉNUS ET AFFRANCHIS.

A la différence de la première subdivision des personnes libres, qui, à proprement parler, n'existe plus dans le droit de Justinien, celle dont nous entamons maintenant l'étude est souvent mentionnée dans les textes des Institutes, du Digeste et du Code. *In liberis multæ differentiæ sunt : aut enim sunt ingenui aut libertini* (3).

L'ingénu est l'homme qui est né libre et qui n'a jamais cessé de l'être; l'affranchi est celui qui est devenu libre après avoir été esclave. Avant d'entrer dans les développements que comporte cette double définition, voyons d'abord quel intérêt il peut y avoir à rechercher si un homme libre est ingénu ou affranchi.

A une certaine époque, il y a eu plusieurs classes d'affranchis. Même en supposant un affranchi de la première classe, nous allons voir que sous différents rapports sa condition est inférieure à celle d'un ingénu.

En fait, les affranchis et leurs descendants étaient peu considérés. Les anciens Romains ne tenaient pas le commerce en grande estime (4); pendant longtemps, les affranchis furent seuls à s'y livrer.

En droit, lors des réformes de Servius Tullius, les affranchis furent relégués dans les quatre tribus urbaines (5). Cette règle, ayant été modifiée, fut ensuite rétablie, en 534, par les censeurs

(1) Gaius, Comment. I, § 67.
(2) *Ibid.*, § 68.
(3) Inst., § 5 *De jure person.* Comp. Gaius, Comment. I, § 10.
(4) Voy. Cicéron, *De offic.*, I, 42; Tite-Live, XXI, 63.
(5) Ils y étaient imposés d'après leur fortune. On finit par permettre à ceux qui avaient à la campagne un ou plusieurs immeubles dépassant 30,000 sest. de se faire recevoir dans les tribus rurales (Tite-Live, XLV, 15).

Flaminius et Æmilius (1). Il paraît que pendant la guerre contre Persée, les affranchis se répandirent de nouveau dans toutes les tribus : sous la censure de Tiberius Gracchus, en 586, il fut décidé *ut ex quatuor urbanis tribubus unam palàm in atrio Libertatis sortirentur in quam omnes qui servitutem servissent, conjicerent. Esquilinæ sors exiit; in eâ Tib. Gracchus pronunciavit libertinos omnes censeri placere* (2). Enfin, au VIIe siècle, en vertu d'une loi d'Æmilius Scaurus, les affranchis furent encore une fois répartis dans les quatre tribus urbaines. — Sous l'Empire, les affranchis ont la tribu de leur patron : « L'affranchi, dit Tertullien (*De resurrect. carnis*, 57), *patroni nomine ac tribu mensâque honoratur.* »

Dans le principe, les affranchis étaient exclus du service militaire (3), par conséquent, du droit de voter dans les comices par centuries; ils servaient seulement sur la flotte (4). Leur incapacité d'être compris dans les légions subsista jusqu'à la guerre sociale. — Les affranchis étaient également incapables d'être appelés au Sénat, et de remplir une magistrature quelconque, même une magistrature municipale. Une loi Visellia, qui paraît avoir été rendue en 777, prononçait des peines contre l'affranchi qui aurait usurpé une fonction réservée aux ingénus (5).

Comme nous le verrons de nouveau en étudiant la matière du mariage, jusqu'au règne d'Auguste, il n'y avait pas *connubium* entre ingénus et affranchis. Aussi un sénatusconsulte fut-il nécessaire pour permettre à l'affranchie Hispala Fecennia, qui avait révélé les mystères des Bacchanales, de contracter les justes noces avec un jeune homme ingénu (6). A partir d'Auguste, en vertu d'une loi Julia, les personnes affranchies eurent *connubium* avec les personnes ingénues en général, sauf les sénateurs et leurs enfants.

Un affranchi peut se marier et avoir des enfants légitimes. En

(1) *Ab illis censoribus in quatuor urbanas tribus descripti erant libertini, præter eos quibus filius quinquenni major ex se natus esset* (Tite-Live, XLV, 15).

(2) Tite-Live, XLV, 15.

(3) Sauf les cas de nécessité absolue. Voy. Tite-Live, X, 21; XXII, 11.

(4) Cela ressort de plusieurs passages de Tite-Live.

(5) Voy., au Code de Justinien, une Constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, qui forme la L. un. *Ad leg. Visell.* (9, 21).

(6) Voy. Tite-Live, XXXIX, 19.

dehors de ce cas-là, il n'a point de famille civile : ses plus proches parents, par exemple, ses frères, ne sont point ses agnats. On peut dire aussi que l'affranchi a pour famille son patron et les enfants de son patron. Aux yeux de la loi civile, le patron et ses enfants sont véritablement pour l'affranchi ce que les agnats sont pour l'ingénu.

Un signe extérieur distinguait l'affranchi de l'ingénu : l'affranchi n'avait pas le *jus aureorum annulorum*, le droit de porter l'anneau d'or. Du reste, il paraît que pendant longtemps ce droit appartint, non pas à tous les ingénus, mais seulement aux chevaliers (1).

Sous l'Empire, il est souvent arrivé qu'un affranchi était relevé d'une manière plus ou moins complète des incapacités attachées à cette qualité, que sa condition était rapprochée d'une façon plus ou moins libérale de la condition d'un ingénu. L'Empereur pouvait accorder soit le *jus aureorum annulorum*, soit la *restitutio natalium*, et nous avons au Digeste deux Titres consacrés à ces deux sortes de bénéfices (2). Si nous comparons ces deux bénéfices, nous voyons d'abord qu'ils ont ce caractère commun que, pour produire la plénitude des effets dont ils sont susceptibles, en principe ils doivent avoir été accordés à l'affranchi avec le consentement de son patron ; et même, si l'affranchi avait trompé l'Empereur, en se présentant mensongèrement comme ayant obtenu le consentement de son patron, le bénéfice pourrait lui être retiré (3). Du reste, si l'empereur le voulait, rien ne s'opposerait à ce que, sans le consentement du patron, il effaçât complétement la qualité d'affranchi avec toutes ses conséquences. Supposons que l'affranchi a le consentement du patron : est-il indifférent pour lui d'obtenir le *jus aureorum annulorum* ou la *restitutio natalium?* Non; ce dernier bénéfice a des effets plus étendus : il détruit le droit du patron à la succession de l'affranchi, tandis que la concession du *jus aureorum annulorum* laisse subsister ce même droit (4). — Justinien rendit

(1) *Annuli distinxére alterum ordinem a plebe, sicut tunica ab annulis senatum* (Pline, *Hist. nat.*, XXXIII, 1).

(2) Liv. XL, tit. X, *De jure aureorum annulorum;* Liv. XL, tit. XI, *De natalibus restituendis.*

(3) Voy. Marcien, L. 3 *De jure aureor. annul.*, et Paul, L. 4 *De natal. restit.*

(4) *Is qui jus aureorum annulorum impetravit*, dit Paul (L. 5 *De jure aur.*

inutile la concession individuelle des bénéfices dont il s'agit. Il décide, en effet, dans la Novelle 78, que tout affranchissement implique par lui-même au profit de l'affranchi le *jus aureorum annulorum et regenerationis;* seulement, il ajoute qu'il n'entend point porter atteinte aux droits du patron, lesquels subsisteront toutes les fois que le patron lui-même n'en aura pas fait remise. Il n'est donc pas exact de dire que Justinien par la Novelle donne en bloc à tous les affranchis la *restitutio natalium* (1).

Maintenant que nous savons d'une manière générale en quoi la condition d'un affranchi diffère de la condition d'un ingénu, nous devons étudier les règles qui déterminent dans quel cas on est ingénu, dans quel cas on est affranchi.

I. *Dans quel cas on est ingénu.*

Pour être ingénu, il faut être né libre et n'avoir jamais cessé de l'être. Nous savons déjà comment un homme libre peut cesser de l'être (2). Nous ne savons pas encore à quelles conditions un enfant naît libre, et c'est ce que nous devons chercher ici.

Ingenuus est, dit Justinien (3), *is qui, statim ut natus est, liber est, sive ex duobus ingenuis matrimonio editus est, sive ex libertinis duobus, sive ex altero libertino et altero ingenuo.* Le père et la mère étant mariés ensemble, nécessairement c'est qu'ils sont libres tous deux : l'enfant doit donc naître libre. Naissant libre, il naît ingénu ; et le texte dit effectivement qu'il en est ainsi lors même qu'il serait issu de deux personnes dont l'une est affranchie ou qui toutes deux sont

annul.), ut ingenuus habetur, quamvis ab hereditate ejus patronus non excludatur. — *Interdùm*, dit au contraire Marcien (L. 2 *De natal. rest.*), *et servi nati ex postfacto juris interventu ingenui fiunt : ut ecce si libertinus a Principe natalibus suis fuerit restitutus. Illis enim utiquè natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur, cùm servus natus esset. Hic enim, quantùm ad totum jus pertinet, perindè habetur atque si ingenuus natus esset, nec patronus ejus potest ad successionem venire. Ideoque Imperatores non facilè solent quemquam natalibus restituere nisi consentiente patrono.*

(1) Le Titre du Code *De jure aur. annul.* (6, 8) se compose de deux Constitutions des empereurs Dioclétien et Maximien, à la suite desquelles on a inséré une *Authentique*, tirée de la Novelle 78.

(2) Voy., ci-dessus, p. 151 et suiv.

(3) Inst., pr. *De ingenuis* (I, 4).

affranchies. Ainsi la qualité d'affranchi ne se transmet pas du père ou de la mère à l'enfant. Telle est la règle dans le droit de Justinien. Il est certain qu'anciennement les fils d'affranchis n'étaient pas traités à tous égards comme les fils d'ingénus, et, même dans le droit de Justinien, malgré les termes absolus du texte qui vient d'être cité, je crois que les fils d'affranchis participent encore de la *libertina conditio*. D'abord nous voyons dans Tite-Live (IX, 46) qu'Appius Claudius Cæcus, censeur en 441, *Senatum primus, libertinorum filiis lectis, inquinaverat... Eam lectionem,* ajoute l'historien, *nemo ratam habuit.* Cicéron (*Pro Cluentio,* 47) dit, de même, en parlant du censeur Lentulus : *Popillium, quòd erat libertini filius, in Senatum non legit.* Et voici même un curieux passage de Suétone duquel il résulte qu'anciennement on donnait indifféremment le nom de *libertini* aux affranchis et aux fils d'affranchis : *Latum clavum,* dit Suétone, à propos de l'empereur Claude, *quamvis initio affirmâsset non lecturum se senatorem nisi civis romani abnepotem, etiam libertini filio tribuit... Ac sic quoque reprehensionem verens, etiam Appium Cæcum censorem, generis sui proauctorem, libertinorum filios in Senatum allegisse docuit; ignarus, temporibus Appii et deinceps aliquandiu, libertinos dictos non ipsos qui manumitterentur, sed ingenuos ex his procreatos* (1). Enfin une Constitution des empereurs Honorius et Théodose, de l'an 425, porte que les fils d'affranchis, comme les affranchis eux-mêmes, peuvent être privés de la liberté pour cause d'ingratitude ; cette Constitution a été insérée dans la compilation justinienne, et, par conséquent, la décision qu'elle renferme est certainement applicable du temps de Justinien (2).

L'enfant peut-il encore naître libre lorsque ses père et mère sont de condition inégale, l'un d'eux étant libre et l'autre esclave, cas auquel il ne peut y avoir mariage entre eux? Oui, l'enfant naîtra libre, pourvu que ce soit la mère qui soit libre : *Sed, etsi quis ex matre liberâ nascatur, patre servo, ingenuus nihilominus nascitur ; quemadmodùm qui ex matre liberâ et incerto patre natus est, quoniam vulgò conceptus est* (3). C'est l'application pure et simple de la règle

(1) Vie de Claude, n° 24. Voy. aussi Plutarque, *Flaminius*, 18.
(2) L. 4, C., *De libertis et eor. liberis* (6, 7).
(3) Suite du pr. *De ingenuis*, aux Institutes.

déjà mentionnée (1), suivant laquelle, là où il n'y a pas mariage, l'enfant suit la condition de sa mère. L'enfant conçu en dehors du mariage, la mère étant libre, naît toujours libre sans qu'il y ait à distinguer si le père est libre ou esclave, si le père est connu ou inconnu. — Puisque l'enfant naît libre, par là même il naît ingénu, sa mère fût-elle une affranchie. C'est aussi ce que décide expressément l'empereur Gordien, dans une Constitution de l'an 239 (2). Je crois, du reste, que les observations faites précédemment sur les fils d'affranchis doivent encore ici recevoir leur application.

Que décider lorsque, l'enfant devant suivre la condition de sa mère, cette condition a changé pendant la grossesse? D'après la règle générale que nous connaissons (3), il faudrait dire que l'on prendra toujours la condition de la mère au moment de son accouchement; mais la faveur de la liberté a fait admettre ici une modification : *Sufficit autem*, continue Justinien, *liberam fuisse matrem eo tempore quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et è contrario, si libera conceperit, deindè ancilla facta pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere qui in utero est. Ex his illud quæsitum est, si ancilla prægnans manumissa sit, deindè ancilla posteà facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Marcellus probat liberum nasci : sufficit enim ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse. Quod verum est* (4). Ainsi, par dérogation à la règle, on admet que, si la mère esclave au moment de la naissance était libre au moment de la conception, l'enfant naît libre; et même que, si la mère esclave au moment de la naissance et esclave au moment de la conception, a été libre, ne fût-ce qu'un instant, pendant la grossesse, l'enfant naît également libre.

A quelle époque et par qui a été introduite la dérogation favorable qui vient d'être signalée? Elle n'est point admise par Gaius. En effet, Gaius, après avoir nettement posé la règle (Comment. I, § 89), suppose (§ 91) qu'une *civis romana* qui est devenue enceinte hors mariage tombe en servitude *ex senatusconsulto Claudiano* pen-

(1) Ci-dessus, p. 174.
(2) L. 11 pr., C., *De operis libert.* (6, 3).
(3) Voy., ci-dessus, p. 175.
(4) Suite du pr. *De ingenuis*, aux Institutes.

dant sa grossesse : l'opinion commune, dit-il, est que l'enfant qu'elle mettra au monde sera esclave. Ulpien s'en tient également à la règle qui veut que l'on considère le moment de la naissance : il ne mentionne aucune dérogation introduite en faveur de la liberté (1). Pourtant, à une époque antérieure, l'empereur Adrien avait déjà décidé dans un rescrit que, lorsqu'une femme libre est condamnée pendant sa grossesse au dernier supplice et devient ainsi esclave (2), l'enfant qu'elle mettra au monde naîtra néanmoins libre : *Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit liberam, quæ prægnans ultimo supplicio damnata est, liberum parere* (3). Même décision dans un rescrit d'Antonin Caracalla, dont nous avons le texte : *Si antè conceptus est puer, de quo libellos dedisti, quàm mater ejus in metallum condemnaretur, natus conditionis ejus est cujus antè condemnationem mater fuit* (4). On voit que dans ces deux rescrits la dérogation à la règle n'est pas encore consacrée d'une manière aussi large que dans les Institutes de Justinien. Mais le jurisconsulte Paul la formulait déjà dans toute son étendue : *Si libera conceperit*, dit-il, *et ancilla facta pepererit, liberum parit : id enim favor libertatis exposcit. Si ancilla conceperit, et medio tempore manumissa, sed rursùs facta ancilla pepererit, liberum parit : media enim tempora libertati prodesse, non nocere etiam, possunt* (5). Je crois cependant que le texte des Institutes a été emprunté à Marcien plutôt qu'à Paul : ce texte, en effet, est la reproduction presque littérale d'un passage de Marcien qui nous a été conservé (6).

La règle générale, d'après laquelle l'enfant conçu hors mariage suit la condition de sa mère au moment de l'accouchement, cette règle générale avait reçu d'autres modifications que Gaius nous

(1) *Fragments d'Ulpien*, Tit. V, § 10.
(2) Voy. ci-dessus, p. 155. Voy. aussi les LL. 12 et 29, D., *De pœnis* (48, 19).
(3) Ce texte est d'Ulpien; il forme la L. 18, D., *De statu hom.* (1, 5).
(4) L. 4, C., *De pœnis* (9, 47).
(5) *Sentences de Paul*, liv. II, tit. XXIV, §§ 2 et 3.
(6) L. 5 §§ 2 et 3, D., *De statu hom.* (1, 5). — A la fin de ce fragment de Marcien, nous lisons : *Et tamen rectiùs probatum est liberum nasci*... Dans les Institutes (du moins dans les éditions vulgaires) on a mis : *Et Marcellus probat liberum nasci*. Dans certaines éditions il y a *Marcianus* au lieu de *Marcellus*; et cette leçon me paraît préférable. Marcellus vivait sous le règne d'Antonin le Pieux; Marcien était contemporain de Paul et d'Ulpien.

fait connaître. *Animadvertere debemus*, dit-il (Comment. I, § 83), *ne juris gentium regulam vel lex aliqua, vel quod legis vicem obtinet* (par exemple, un sénatusconsulte), *aliquo casu commutaverit.* Quelles sont ces modifications ?

1° En vertu du sénatusconsulte Claudien, une *civis romana* qui vit avec l'esclave d'autrui *volente domino ejus* peut, tout en restant libre, mettre au monde des enfants esclaves, conformément à la convention intervenue entre elle et le maître. Cette première modification a été supprimée par l'empereur Adrien, qui a décidé que, suivant la règle, la mère restant libre, l'enfant doit naître libre(1).

2° En vertu d'une loi dont le nom est inconnu, lorsqu'un homme libre a des enfants d'une femme esclave qu'il croyait libre, les enfants mâles sont libres comme leur père, les autres sont esclaves comme leur mère. Cette seconde modification a été supprimée par l'empereur Vespasien, qui, rétablissant la règle, a décidé que les enfants mâles aussi bien que les autres suivraient la condition de leur mère et seraient esclaves (2).

3° En vertu de la même loi, qui sur ce point n'avait pas été abrogée du temps de Gaius, lorsqu'une femme libre a des enfants d'un *servus alienus* qu'elle sait esclave, ces enfants ne suivent pas la condition de leur mère, ils sont esclaves (3). — Comment se fait-il que cette disposition soit encore en vigueur après la décision d'Adrien qui avait abrogé la première modification, la modification résultant du sénatusconsulte Claudien? N'y a-t-il pas contradiction entre la dernière phrase du § 84 de Gaius et le commencement de son § 86? Il est probable, d'une part, que le sénatusconsulte Claudien s'appliquait seulement au cas d'une femme *civis romana* ou *latina* (4), et, d'autre part, que la loi mentionnée par Gaius était une loi locale, à laquelle étaient soumis seulement certains *provinciales*. Ceci ressort de la manière dont s'exprime Gaius lui-même (§ 86 *in fine*) : *apud quos talis lex non est, qui nascitur, jure*

(1) Gaius, Comment. I, § 84.
(2) Gaius, Comment. I, § 85.
(3) Gaius, Comment. I, § 86.
(4) En effet, Gaius, au § 84, suppose une *civis romana*, et Paul, traitant du sénatusconsulte Claudien (*Sent.*, II, XXI A), parle d'une *mulier ingenua civisque romana vel latina*.

gentium, matris conditionem sequitur, et ob id liber est (1). Cela étant, toute contradiction disparaît : la disposition du sénatusconsulte Claudien, abrogée par Adrien, suppose des enfants qui naissent d'un esclave et d'une ingénue *civis romana* ou *latina*; la disposition de la loi locale, à laquelle Adrien ne touche en aucune façon, suppose des enfants qui naissent d'un esclave et d'une *peregrina*.

II. *Dans quel cas est-on affranchi ?*

Gaius et Justinien après lui indiquent très-bien le caractère auquel se reconnaît l'affranchi : *libertini sunt qui ex justâ servitute manumissi sunt.* Sont affranchis ceux qui sont sortis d'un état de servitude reconnu par la loi (2). — Il résulte évidemment de cette définition qu'un homme peut être né libre et néanmoins être aujourd'hui affranchi. Pour le comprendre, il suffit de supposer qu'un homme né libre a perdu la liberté et qu'il l'a ensuite recouvrée : on n'efface pas rétroactivement le temps pendant lequel il a été esclave, et, par conséquent, si aujourd'hui il est libre, du moins n'est-il pas ingénu. C'est ce que dit expressément le jurisconsulte Modestin : *homo liber qui se vendidit* (qui s'est laissé vendre comme esclave pour partager le prix), *manumissus, non ad suum statum revertitur quo se abdicavit, sed efficitur libertinæ conditionis* (3).

On pourrait croire, au premier abord, que Justinien contredit ce principe lorsqu'il dit : *Cùm ingenuus aliquis natus sit, non officit illi in servitute fuisse et posteà manumissum esse : sæpissimè enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem* (4). Cela ne signifie-t-il pas que celui qui est né libre, mais qui est devenu esclave, s'il recouvre ensuite la liberté, va se retrouver ingénu comme il l'était au jour de sa naissance ? Non : *in servitute fuisse* ne veut pas dire que l'homme est réellement devenu esclave ; cela veut dire simplement

(1) « Chez les peuples qui n'ont point une loi de ce genre, l'enfant qui vient « au monde suit, conformément au droit des gens, la condition de sa mère, et, « par conséquent, il est libre. »

(2) Gaius, Comment. 1, § 11 ; Inst., pr. *De libertinis* (1, 5).

(3) L. 21, D., *De statu hom.* (1, 5).

(4) Inst., § 1 *De ingenuis* (1, 4).

qu'il a passé pour esclave, qu'il a été traité comme tel. Ainsi, pour comprendre le texte de Justinien, il faut supposer, par exemple, qu'un homme libre a été pris par des brigands, par des pirates, qui l'ont vendu comme esclave. Si l'acheteur, persuadé qu'il est esclave, voulant le récompenser de ses bons services, déclare lui donner la liberté, cette donation, cette *manumissio*, est nulle, car on ne peut pas me donner ce que j'ai déjà. L'homme, bien que passant pour esclave, en droit n'a jamais cessé d'être libre. Donc il n'est pas *ex justâ servitute manumissus;* donc il est ingénu et non pas affranchi. Paul exprime très-bien la même idée lorsqu'il dit : *Veritati et origini ingenuitatis manumissio, quocumque modo facta fuerit, non præjudicat* (1).

Il est donc possible qu'un homme ait été l'objet d'une *manumissio* et que cependant il soit ingénu et non pas affranchi. Si je veux donner la liberté, dans la forme d'une *manumissio*, à un homme que je crois mon esclave et qui en réalité est libre, en droit il restera, après cet acte de *manumissio*, exactement ce qu'il était déjà auparavant. *Vice versâ,* il est possible qu'une personne soit affranchie et non pas ingénue, là où aucun acte de *manumissio* n'a jamais eu lieu. Ainsi, d'abord lorsqu'un maître a l'inhumanité d'abandonner son esclave *ob gravem infirmitatem*, parce que son état de faiblesse ou de maladie le rend incapable pour le moment de lui rendre des services, un Édit de l'empereur Claude décide que l'esclave obtiendra de plein droit le bénéfice de la liberté (2). Le même résultat peut se produire lorsqu'un esclave ayant été vendu à la condition que l'acheteur l'affranchirait, cette condition n'est pas remplie (3). Dans ces deux hypothèses, l'acte de *manumissio* est, en quelque sorte, sous-entendu; la loi le tient pour accompli. Mais voici un cas où il ne s'agit pas seulement de sous-entendre l'acte de *manumissio :* la loi fait quelque chose de plus, elle inflige la qualité d'affranchi à une personne qui n'a jamais été esclave. C'est par application du sénatusconsulte Claudien que cela pouvait se présenter. *Refertur ad patres,* dit Tacite (*Annales*, XII,

(1) *Sent.*, liv. V, tit. 1, § 2.

(2) Voy. L. 2, D., *Qui sine manum. ad libert. perven.* (40, 8).

(3) La plupart des fragments que contient le Titre déjà cité *Qui sine manum. ad libert. perv.* sont relatifs à cette hypothèse.

53), *de pœnâ feminarum quœ servis conjungerentur; statuiturque ut, ignaro domino ad id prolapsœ, in servitute, sin consensisset, pro libertis haberentur.* Ainsi, grâce au consentement du maître, la femme ne deviendra pas esclave; mais du moins elle sera réputée affranchie. Le jurisconsulte Paul fait également allusion à cette règle lorsqu'il dit: *Ad filiam, ancillam vel libertam ex senatusconsulto Claudiano effectam, legitima matris intestatœ hereditas pertinere non potest, quia neque servi neque liberti matrem civilem habere intelliguntur:* la femme libre qui s'unit à l'esclave d'autrui perd tout droit à la succession légitime de sa mère, lors même qu'elle ne deviendrait pas esclave (1).

Justinien, après avoir indiqué que l'affranchi est celui qui est sorti *ex justâ servitute*, donne quelques notions sur l'affranchissement (2) : « La *manumissio*, dit-il, c'est le don de la liberté. En effet, l'esclave est *manui et potestati suppositus*, et l'affranchi est libéré de cette puissance (3). La *manumissio* dérive du droit des gens. En vertu du droit naturel, tous les hommes naissaient libres; et il ne pouvait pas être question d'affranchissement lorsque l'esclavage était inconnu. Plus tard, l'esclavage s'étant introduit en vertu du droit des gens, l'affranchissement est venu à la suite; et, tandis que *jure naturali* il n'y avait qu'une seule classe d'hommes, *jure gentium* il y en a eu trois, savoir : les hommes libres, les esclaves, les affranchis. » Je n'ai pas à m'arrêter sur les idées qu'exprime ici Justinien (4). Je me borne à faire remarquer que, puisqu'il oppose les *liberi*, non-seulement aux *servi*, mais même aux *libertini*, c'est évidemment qu'il prend le mot *liberi* dans un sens un peu étroit, comme synonyme d'*ingenui*.

Le maître qui veut donner la liberté à son esclave, comment doit-il s'y prendre? Dans les principes de l'ancien droit romain, il

(1) *Sent.*, IV, x, § 2. — Nous reviendrons sur cette disposition quand nous parlerons du sénatusconsulte Orphitien (Inst., III, 4).

(2) Suite du pr. *De libertinis*, aux Institutes.

(3) D'après Festus, le mot *manumissio* viendrait d'une ancienne forme employée par le maître qui affranchit son esclave.

(4) Voy. ci-dessus, p. 16 et 149. — Justinien n'a fait que reproduire un passage des Institutes d'Ulpien : voy. L. 4, D., *De just. et jure* (1, 1).

devait employer certaines formes déterminées. En d'autres termes, il y avait trois modes solennels d'affranchissement; et, du reste, ces trois modes produisaient toujours exactement le même effet. « Autrefois, dit Dosithée (1), *una libertas erat, et libertas fiebat ex vindictâ vel ex testamento vel in censu.* » Justinien dit de même, aux Institutes (2) : *A primis urbis Romæ cunabulis, una atque simplex libertas competebat, id est eadem quam habebat manumissor, nisi quod scilicet libertinus sit qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit.* Nous verrons que cette unité de condition de tous les affranchis a subsisté jusqu'à la fin de la République. Mais recherchons d'abord en quoi consistaient les trois modes d'affranchissement qui viennent d'être signalés.

1° *La vindicte.* — Dans l'affranchissement *vindictâ* il y a un procès fictif, l'intervention du magistrat est nécessaire : *Vindictâ manumittuntur*, dit Ulpien (*Fragm.*, I, § 7), *apud magistratum populi romani, velut consulem prætoremve vel proconsulem.* Le maître qui veut affranchir son esclave se présente avec lui et avec une tierce personne devant le magistrat. Le tiers prétend que l'esclave est un homme libre (3); le maitre, c'est-à-dire la partie intéressée à contredire cette prétention, ne la contredisant pas, le magistrat en conclut qu'elle est conforme à la vérité, et en conséquence il proclame que l'homme amené devant lui est un homme libre (4). — D'où vient ce nom de *vindicta?* Pour les anciens Romains, la guerre était le mode par excellence d'acquisition de la propriété, et la pique (*hasta*) était le symbole de la propriété : *festucâ utebantur, quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii, quia maximè sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent* (5). Aussi dans les procès sur une question de propriété ou de liberté faisait-on figurer une baguette (*festuca* ou *vindicta*) qui représentait l'arme du fantassin romain (6). — Dans le cas qui nous occupe,

(1) *Disputatio de manumissionibus*, § 5.

(2) § 3 *De libertinis* (I, 5).

(3) Il paraît que ce rôle d'*assertor libertatis* était souvent joué par un licteur.

(4) Nous verrons que la même forme d'un procès fictif était employée pour transférer la propriété d'une personne à une autre; c'est ce qu'on appelle l'*in jure cessio*.

(5) Gaius, Comment. IV, § 16 *in fine*.

(6) Comme le dit encore Théophile, dans sa Paraphrase des Institutes (liv. I,

le procès étant fictif, le magistrat fait acte de juridiction gracieuse et non de juridiction contentieuse. Il en résulte que, pour procéder à l'affranchissement, le magistrat n'a pas besoin de siéger *pro tribunali*. C'est ce que dit très-bien Gaius : *Non est omninò necesse pro tribunali manumittere : itaque plerumquè in transitu servi manumitti solent, cùm aut lavandi aut gestandi aut ludorum gratiâ prodierit Prætor aut Proconsul legatusve Cæsaris* (1). Et la même décision se retrouve encore dans les Institutes de Justinien (§ 2 *De libertinis*).

2° *Le cens.* — J'ai déjà eu l'occasion de citer un passage de Cicéron (2) où il est dit que l'esclave *censu liberatur*. Voici, à cet égard, comment s'exprime Ulpien : *Censu manumittebantur olim qui lustrali censu Romæ, jussu dominorum, inter cives romanos censum profitebantur* (3). Ainsi, par cela seul que, lors du recensement qui se faisait à Rome tous les cinq ans, un esclave avec le consentement de son maître s'était fait inscrire par les censeurs au nombre des citoyens romains, cet esclave devenait libre. Du reste, nous voyons dans le fragment de Dosithée (§ 17) que c'était une question très-débattue entre les jurisconsultes que celle de savoir quel était précisément le jour où la liberté était acquise : des jurisconsultes soutenaient que c'était, non pas le jour même de l'inscription du nom de l'esclave sur les registres des censeurs, mais seulement le jour de la clôture du lustre, *dies quâ lustrum conditur*, et ils en donnaient pour motif que *omnia quæ in censu aguntur lustro confirmantur* (4).

tit. V, § 4), *vindicabatur mancipium in naturalem libertatem*. Cependant il ajoute que l'affranchissement *vindictâ* vient peut-être de l'esclave Vindicius qui révéla la conjuration des fils de Brutus et reçut la liberté pour récompense. Voy. aussi Tite-Live, II, 5 *in fine*.

(1) L. 7, D., *De manum. vind.* (40, 2). Comp. le même Gaius, Comment. I, § 20 *in fine*. — Ulpien ajoute, L. 8 *De manum. vind.*, qu'il n'y a même pas besoin de la présence d'un licteur. Enfin, suivant Hermogénien (L. 23 *eod. tit.*), on en était arrivé à ne plus exiger de paroles solennelles : *verba solemnia, licet non dicantur, ut dicta accipiuntur*.

(2) *Pro Cæcinâ*, n° 34. Voy. ci-dessus, p. 152.

(3) *Fragm.*, I, § 8.

(4) Cicéron indique déjà la possibilité de la controverse : *De libertate, quo judicium gravius esse nullum potest, non-ne ex jure civili potest esse contentio, cùm quæritur, is qui domini voluntate census sit, continuò-ne, an ubi lustrum conditum, liber sit?* (*De orat.*, I, 40). — Quant aux cérémonies qui marquaient

3° *Le testament.* — Le testament est un acte solennel par lequel une personne dispose de ses biens pour le temps où elle ne sera plus. La loi des Douze-Tables permettait au maître d'affranchir son esclave par testament (1). Cela ressemble beaucoup à ce qu'on appelle un legs *per vindicationem*. De même que celui à qui une chose est léguée *per vindicationem* en devient immédiatement propriétaire quand le testateur est mort et que l'héritier par lui institué a pris sa place, de même l'esclave affranchi par le testament de son maître reçoit directement de lui la liberté. *Libertas directò dari potest hoc modo :* LIBER ESTO, LIBER SIT, LIBERUM ESSE JUBEO. L'esclave ainsi affranchi est dans cette position particulière qu'il n'a point de patron vivant : en effet, il ne devient libre qu'après la mort de celui qui lui a donné la liberté. Aussi dit-on de lui qu'il est un affranchi *orcinus*, parce que son patron était déjà *ad orcum* quand la liberté a été acquise (2). — L'affranchissement *testamento* diffère de l'affranchissement *vindictâ* et de l'affranchissement *censu*, en ce qu'il peut être fait sous condition, c'est-à-dire pour le cas seulement où tel événement arriverait. Si au moment où la succession du testateur passe à l'héritier, la condition est encore *in pendenti*, non accomplie et non défaillie, l'héritier devient provisoirement le maître de l'esclave ainsi affranchi ; mais son droit s'évanouit immédiatement si la condition se réalise. L'esclave dans cette position est appelé *statuliber* (3).

Qu'arriverait-il si un maître, voulant affranchir son esclave, s'était borné à manifester clairement sa volonté sans employer l'un ou l'autre des trois modes qui viennent d'être indiqués ? En droit pur, il est certain que l'esclave n'acquiert aucunement la liberté ; seulement, si le maître, au mépris de la volonté qu'il a exprimée, s'avi-

le terme des opérations du cens, Tite-Live dit (I, 44), en parlant de Servius Tullius : *Censu perfecto, quem maturaverat metu legis de incensis latæ cum vinculorum minis mortisque, edixit ut omnes cives romani, equites peditesque, in suis quisque centuriis, in campo Martio primâ luce adessent. Ibi instructum exercitum omnem suovetaurilibus lustravit : idque conditum lustrum appellatum, quia is censendo finis factus est.* On sacrifiait une truie, une brebis et un taureau (*suovetaurilia*).

(1) *Fragm. d'Ulpien*, I, § 9.

(2) *Fragm. d'Ulpien*, II, §§ 7 et 8. Comp. les mêmes *Fragments*, I, § 22.

(3) *Fragm. d'Ulpien*, II, §§ 1, 2 et 3.

sait d'exiger les services qu'on peut exiger d'un esclave, le Préteur interviendrait pour protéger la personne qui a pu compter sur une sorte d'engagement pris envers elle. *Hi qui domini voluntate in libertate erant, manebant servi, et manumissores audebant eos iterùm in servitutem per vim ducere ; sed interveniebat prætor, et non patiebatur manumissum servire* (1). Gaius exprime très-bien la même idée, lorsqu'il dit (Comment. III, § 56) : *Admonendi sumus eos qui nunc* LATINI JUNIANI *dicuntur, olim ex jure Quiritium servos fuisse, sed auxilio Prætoris in libertatis formâ servari solitos* (2). Il vint un moment où ce pur état de fait, maintenu par la protection du Préteur, fut transformé en un véritable état de droit, et où l'esclave affranchi *inter amicos*, c'est-à-dire par une simple déclaration en présence de témoins et sans l'emploi d'un mode solennel, acquit réellement la liberté. « Aujourd'hui, continue Dosithée (§§ 6 et 7), ceux qui sont affranchis *inter amicos* ont une liberté qui leur est propre. Ils deviennent Latins Juniens, attendu que la loi Junia, qui leur a donné la liberté, les a assimilés aux *Latini coloniarii*, c'est-à-dire aux citoyens romains qui entraient dans une colonie latine. Il faut que le maître ait eu la volonté d'affranchir : en conséquence, s'il n'avait fait l'affranchissement que sous l'empire de la crainte, l'esclave n'obtiendrait pas la liberté. » Gaius explique de la même manière, et peut-être avec plus de précision encore, l'origine des Latins Juniens (Comment. III, § 56). — En somme, d'après la loi Junia, un esclave, pour devenir libre, n'a plus besoin d'être affranchi *vindictâ*, *censu* ou *testamento* : il lui suffit d'être affranchi *inter amicos ;* mais si l'esclave affranchi de cette manière acquiert la liberté, il n'acquiert du moins pas la cité, il est assimilé aux Latins. La loi Junia se trouve être moins libérale que ne l'était une proposition de Clodius : *Clodius constituerat*, dit Cicéron (*Pro Milone*, 12), *ut servis qui privatâ dominorum voluntate manumissi in libertate morabantur, justa libertas ac civitas romana cum suffragio in rusticis tribubus ipso jure daretur* (3).

(1) Dosithée, *Disput. de manumiss.*, § 5.

(2) Le Préteur protégeait seulement la personne ; quant aux biens acquis par l'individu dont il s'agit, ils ne lui appartenaient pas, ils étaient acquis au maître : voy. Dosithée, *eod.* § 5.

(3) Cette phrase curieuse de l'*oratio pro Milone* a été retrouvée par M. Peyron.

La même loi Junia voulait que l'affranchi fût latin dans un deuxième cas. Supposons que l'esclave Stichus a été vendu par un citoyen romain à qui il appartient à un autre citoyen romain : pour que l'acheteur devienne *dominus ex jure Quiritium*, il faut que le vendeur lui fasse *mancipatio* ou *in jure cessio;* s'il se borne à lui livrer l'esclave, à lui en faire tradition, l'acheteur aura bien cet esclave *in bonis*, mais le vendeur aura conservé sur lui le *nudum jus Quiritium* (1). Quel effet pouvait produire l'affranchissement émané de l'acheteur qui a seulement l'esclave *in bonis?* Avant la loi Junia, en droit l'esclave ne deviendrait pas libre; en fait, *moraretur in libertate, tuitione Prætoris.* En vertu de la loi Junia, l'esclave dont il s'agit deviendra bien libre; mais il ne sera pas citoyen romain, il sera seulement latin. *Si ancilla*, dit Gaius (Comment. I, § 167), *ex jure Quiritium tua sit, in bonis mea, a me quidem solo, non etiam a te manumissa, latina fieri potest... : nàm ità lege Juniâ cavetur* (2).

Enfin il existe un troisième cas où l'esclave affranchi devient latin. Ulpien dit, en parlant de la loi Ælia Sentia : *Eâdem lege cautum est ut minor triginta annorum servus vindictâ manumissus civis romanus non fiat, nisi apud consilium causa probata fuerit... Testamento verò manumissum perindè haberi jubet atque si domini voluntate in libertate esset, ideòque Latinus fit* (*Fragm.*, I, § 12). Si tel est véritablement, comme je le crois, le texte d'Ulpien, voici la distinction très-simple qu'a voulu indiquer le jurisconsulte : L'esclave qui a moins de trente ans a-t-il été affranchi *vindictâ?* Alors, aux termes de la loi Ælia Sentia, il ne devient pas citoyen romain, il devient latin, à moins que la cause de l'affranchissement n'ait été approuvée par un conseil (3). Au contraire, l'esclave *minor triginta annorum* a-t-il été affranchi *testamento?* Alors il ne peut être que latin. Quant à l'affranchissement *censu*, le jurisconsulte n'en parle pas, parce qu'il n'était plus employé de son temps (4). — Mais

(1) Voy. Gaius, Comment. II, §§ 40 et 41.

(2) Comp. Gaius, Comment. III, § 56; *Fragm. d'Ulpien*, I, § 16.

(3) Sur la composition de ce conseil, voy. Gaius, Comment. I, § 20, et les *Fragm. d'Ulpien*, I, § 13. Nous aurons occasion d'y revenir.

(4) Voy., en effet, comment il s'exprime, au § 8 du même Titre I, ci-dessus, p. 189.

dans le texte du § 12 que nous possédons, il y a autre chose; entre les deux propositions qui viennent d'être rapportées, il y a la proposition suivante : *Ideò sine consilio manumissum Cæsaris servum manere putat.* On convient généralement que le mot *Cæsaris* ne donne pas un sens raisonnable et qu'il ne doit pas avoir été écrit par Ulpien. Les uns le suppriment purement et simplement; d'autres le remplacent, soit par *Senatus,* soit par *Cassius*, soit enfin par *censuve.* Avec cette dernière correction, qui est assez généralement admise, le sens serait que le *minor triginta annorum*, affranchi *vindictâ sine consilio* ou affranchi *censu,* reste esclave, tandis que s'il est affranchi *testamento* il devient latin; mais cette décision, assez singulière en elle-même, est contredite par d'autres textes (1). Il me paraît bien plus probable que cette proposition intermédiaire : *ideò sine consilio*... n'appartient point à Ulpien, et que, par conséquent, nous ne devons en tenir aucun compte : il faut y voir un simple *glossema*, c'est-à-dire une réflexion plus ou moins juste qu'un lecteur du moyen âge aura écrite sur le manuscrit (2).

Gaius résume avec une netteté parfaite les différents cas où l'esclave affranchi devient latin et non pas citoyen, lorsqu'il dit : *In cujus personâ tria hæc concurrunt, ut major sit annorum triginta, et ex jure Quiritium domini, et justâ ac legitimâ manumissione liberetur* (*id est vindictâ aut censu aut testamento*), *is civis romanus fit; sin verò aliquid eorum deerit, latinus erit. Quod autem de ætate servi requiritur, lege Æliâ Sentiâ introductum est*... (Comment. I, §§ 17 et 18). En somme, la loi Junia a indiqué deux cas où l'affranchi devient libre et latin, tandis qu'auparavant il restait esclave; la loi Ælia Sentia a indiqué un cas où l'affranchi devient latin, tandis qu'auparavant il devenait citoyen romain.

Quelle est la date de la loi Junia, et quelle est celle de la loi Ælia Sentia? Quant à la loi Ælia Sentia, il n'y a pas de difficulté : cette loi est du règne d'Auguste, de l'an 757 de la fondation de Rome, Sextus Ælius et Gaius Sentius étant consuls. Quant à la loi Junia, la question est beaucoup plus difficile. L'opinion qui pré-

(1) Voy. notamment Gaius, Comment. I, §§ 17 et 18.
(2) Tel est aussi l'avis de M. de Vangerow (*Ueber die* LATINI JUNIANI, §§ 5 et suiv.).

vaut actuellement, c'est que cette loi Junia aurait été rendue sous le règne de Tibère, l'an 772 de la fondation de Rome, Junius Silanus et Junius Norbanus étant consuls. Bien que des motifs assez plausibles aient été donnés à l'appui de cette opinion (1), je suis plutôt disposé à croire que la loi Junia est antérieure à la loi Ælia Sentia, et qu'il faut en placer la date à l'année 671, où les consuls s'appelaient Junius Norbanus et Lucius Cornelius. En effet, d'une part, la loi Ælia Sentia a voulu que certains affranchis fussent latins; mais, d'autre part, ce n'est pas elle, c'est la loi Junia, qui la première a établi cette classe d'affranchis : *lex Junia*, dit Dosithée (§ 12), *latinorum genus introduxit.*

Indépendamment des trois cas réglés par les lois Junia et Ælia Sentia, l'esclave devient latin dans le cas prévu par l'Édit de Claude, *cùm quis servum suum ægritudine periclitantem a suâ domo publicè ejecerit* (2). — Sont également Latins, en vertu d'une Constitution de Constantin, les enfants issus d'une femme ingénue et d'un *servus fiscalis* (3).

Quelle était la condition des affranchis latins? En quoi précisément cette condition différait-elle de celle des affranchis citoyens romains? L'affranchi latin était complétement exclu des droits politiques : il n'avait, à aucun degré, ni le *jus suffragii* ni le *jus honorum*. En principe, il n'y a pas *connubium inter latinos junianos et cives romanos* : par conséquent l'enfant né de l'union d'un latin avec une romaine ou de l'union d'un romain avec une latine devrait toujours suivre la condition de sa mère (4). Du reste, nous pouvons dès à présent faire une remarque très-importante : si l'enfant né de l'union d'un affranchi latin avec une *civis romana* arrive à l'âge d'un an (*fit anniculus*), alors, au moyen d'une procédure

(1) Voy. M. de Vangerow, *op. cit.*, § 2.

(2) Voy. ci-dessus, p. 186; et L. un., § 3, C., *De latinâ libert. toll.* (7, 6).

(3) L. 3, C. Th., *Ad senatusc. Claud.* (4, 11).

(4) Voy. Gaius, Comment. I, § 80; et, ci-dessus, p. 174 et 175.

A cette absence de *connubium*, on rattache souvent l'idée que le latin junien ne peut pas avoir la *patria potestas*. Mais cela n'est pas exact : un latin junien eût-il *connubium* avec une *civis romana*, n'aurait pas pour cela la puissance paternelle. Pour avoir la puissance paternelle, il faut nécessairement être citoyen romain.

appelée *causæ probatio,* le père pourra obtenir la *civitas romana*, et en même temps la puissance paternelle sur l'enfant (1).

Si l'affranchi latin n'a pas le *connubium,* il a au contraire le *commercium*, comme le remarque expressément Ulpien (*Fragments,* XIX, § 4). Je crois même que nous pouvons poser en règle générale que l'affranchi latin est, pendant sa vie, complétement assimilé à un citoyen romain en ce qui concerne le *jus privatum*, sauf les exceptions formellement écrites dans la loi. C'est du moins ce qui paraît ressortir de la manière dont s'expriment les textes. En effet, dans ces textes, sur lesquels je ne veux m'arrêter ici qu'un instant, voici ce que je trouve :

L'affranchi latin, ayant le *commercium*, doit pouvoir figurer dans un testament, il a la *testamenti factio* (2). Mais la loi Junia ne veut pas qu'il puisse *testamentum facere*, *ex testamento alieno capere*, *tutor testamento dari*. La loi a dû lui retirer les droits dont il s'agit (3), sans quoi on serait arrivé à dire qu'ils lui appartenaient comme au citoyen romain. Et, du reste, la loi lui ayant seulement défendu de *capere ex testamento*, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse *capere ex fideicommisso* (4); de même, s'il ne peut pas *tutor testamento dari*, il ne faut pas en conclure qu'il soit absolument incapable d'être tuteur (5).

Non-seulement le latin junien ne peut pas faire de testament, mais, à proprement parler, au jour de sa mort, il ne laisse pas une succession, il ne peut pas avoir un véritable héritier. Sans doute les acquisitions qu'il a faites pendant sa vie depuis le jour de son affranchissement lui ont profité à lui-même et non pas à son patron : c'est lui-même qui par l'effet de ces acquisitions est de-

(1) Voy. Gaius, Comment. I, §§ 29 et 31. La *causæ probatio* a été établie par la loi Ælia Sentia en faveur de l'affranchi qui est latin comme *minor triginta annorum;* mais le même bénéfice a été ensuite étendu par un sénatusconsulte à tous les affranchis latins. Nouvelle preuve que la loi Junia n'est pas postérieure à la loi Ælia Sentia : si elle était postérieure, ce serait naturellement elle-même qui aurait fait l'extension dont il s'agit.

(2) *Fragm. d'Ulpien*, XI, § 16; XX, § 8.

(3) Gaius, Comment. I, § 23; *Fragm. d'Ulpien,* XI, § 16; XX, § 14; XXII, § 3.

(4) Gaius, Comment. I, § 24, et Comment. II, § 275; *Fragm. d'Ulpien,* XXV § 7.

(5) Voy. les *Fragm. du Vatican,* § 193.

venu propriétaire ou créancier. Mais, au jour de sa mort, que ferons-nous des biens qui se trouvent dans son patrimoine? Le patron les prendra *jure peculii*, absolument comme le maître reprend à son gré les valeurs du pécule qu'il a bien voulu laisser plus ou moins longtemps entre les mains de son esclave. *Legis Juniæ lator*, dit Gaius (Comment. III, § 56 *in fine*), *necessarium existimavit, ne beneficium istis datum in injuriam patronorum converteretur, cavere ut bona defunctorum proindè ad manumissores pertinerent ac si lex lata non esset : itaque, jure quodammodo peculii, bona Latinorum ad manumissores eorum pertinent.* Justinien exprime la même idée d'une manière plus saisissante lorsqu'il dit (1) : *Latinorum legitimæ successiones nullæ penitùs erant, qui, licet vt liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant...* (2).

— Relativement aux Latins Juniens, il me reste à faire remarquer qu'ils peuvent, dans un assez grand nombre de cas, obtenir le *jus Quiritium*, la qualité de citoyens romains (3). J'indique rapidement les cas dont il s'agit :

1° *Iteratio.* — Supposons que j'ai affranchi un esclave que j'avais seulement *in bonis*, ou bien qu'étant *dominus ex jure Quiritium* je n'ai pas employé pour l'affranchir l'un des trois modes solennels : dans les deux hypothèses, l'esclave est devenu latin; de plus, dans la première, le *nudum jus Quiritium* a été conservé par celui qui l'avait déjà, et, dans la deuxième, je me le suis en quelque sorte réservé en faisant l'affranchissement *inter amicos*. Que celui qui a le *nudum jus Quiritium* fasse maintenant une *manumissio* solennelle, et l'affranchi sera libre aussi parfaitement qu'il peut l'être, c'est-à-dire qu'il sera citoyen romain. C'est ce que dit très-bien Ulpien : *Iteratione fit civis romanus qui, post latinitatem quam acceperat major triginta annorum, iterùm justè manumissus est ab eo cujus ex jure Quiritium servus fuit* (*Fragm.*, III, § 4). L'*iteratio* est-elle donc absolument inapplicable à celui qui est latin parce qu'il n'avait

(1) Inst., § 4 *De success. libert.* (III, 7).

(2) Il paraît que, même *vivente adhùc Latino*, le patron pouvait disposer des biens que ce Latin laissera au jour de sa mort : *Valerius Paulinus*, dit Pline le Jeune (liv. X, ep. 105), *excepto uno, jus Latinorum suorum mihi reliquit.*

(3) Voy. les *Fragm. d'Ulpien*, III, § 1.

pas trente ans lors de son affranchissement? On peut le soutenir (1); cependant je serais disposé à croire que même celui-là peut acquérir par ce mode le *jus Quiritium*, pourvu bien entendu qu'il ait trente ans accomplis (ou que la cause de l'affranchissement soit approuvée par le conseil) lorsqu'intervient l'*iteratio*.

2° *Causæ probatio*. — J'ai déjà dit un mot de ce mode d'acquisition du *jus Quiritium* (2). Je me borne ici à remarquer qu'en vertu de la loi Ælia Sentia et d'un sénatusconsulte rendu sous le règne de Vespasien (*Pegaso et Pusione consulibus*), lorsque de l'union contractée dans une certaine forme entre un Latin et une Romaine, ou entre un Latin et une Latine, était issu un enfant *anniculus* (actuellement âgé d'un an), le magistrat pouvait prononcer que le père, ou le père et la mère, et l'enfant (s'il était né latin), avaient acquis le droit de cité (3).

3° *Erroris causæ probatio*. — Un mariage se trouve nul parce que, à l'insu des parties ou de l'une d'elles, il n'y avait pas *connubium*. Par exemple, un citoyen romain a pris pour femme une Latine qu'il croyait *civis romana*, ou bien une Latine a épousé un pérégrin qu'elle croyait latin. Du moment qu'un enfant est né de cette union, un sénatusconsulte, dont la date ne nous est pas indiquée, autorise l'homme ou la femme à justifier de la cause de cette erreur (*erroris causam probare*), et l'effet de la justification est de rendre citoyens romains ceux qui étaient latins (4).

4° *Triplex enixus*. — Un sénatusconsulte, qui ne nous est pas

(1) C'est l'opinion de M. de Vangerow (*op. cit.*, § 30).

(2) Ci-dessus, p. 194 et 195.

(3) Voy. Gaius, Comment. I, §§ 29-32, et § 66. Dans les *Fragments d'Ulpien* (III, § 3), après avoir dit : *Liberis jus Quiritium consequitur Latinus*, on expose en quoi consiste la *causæ probatio*; mais, probablement par une erreur de copiste, on attribue l'établissement de cette *causæ probatio* à la loi Junia. Ce qui montre bien qu'il y a ici une erreur, c'est qu'un peu plus loin Ulpien lui-même parle d'une *civis romana* mariée par erreur à un pérégrin *quasi Latino ex lege Æliâ Sentiâ* (Tit. VII, § 4). — Le sénatusconsulte qui étendit le bénéfice de la *causæ probatio* au *Latinus ex lege Juniâ* est aussi mentionné dans les *Fragments d'Ulpien* (III, § 4 *in fine*) : ce passage d'Ulpien doit être rapproché du § 31 du Comment. I de Gaius.

(4) A la différence de la *causæ probatio*, l'*erroris causæ probatio* peut faire arriver à la cité romaine non-seulement les affranchis latins, mais même des pérégrins. Voy. Gaius, Comment. I, §§ 67 et suiv.; *Fragm. d'Ulpien*, VII, § 4.

autrement connu, décidait que l'affranchie latine qui aurait mis au monde trois enfants illégitimes, *vulgò quæ sit ter enixa,* aurait droit à la cité romaine (1). Par la *causæ probatio,* c'est seulement un Latin, non une Latine, qui peut directement obtenir le *jus Quiritium :* comme le remarque M. de Vangerow (2), le *triplex enixus* remplace pour les femmes cette *causæ probatio.*

5° *Beneficium principale.* — L'empereur peut, à son gré, donner la qualité de citoyen romain à un affranchi latin (3). Une Constitution de Trajan décide que, si cette concession impériale a eu lieu *invito vel ignorante patrono,* les enfants de l'affranchi ne lui succéderont point au préjudice du droit qu'a le patron de venir *jure peculii,* et l'affranchi n'aura la *factio testamenti* qu'à l'effet de pouvoir instituer le patron pour héritier ou subsidiairement une autre personne si le patron ne veut pas de la succession (4). Du reste, un sénatusconsulte rendu sous Adrien décide que cette acquisition incomplète du *jus Quiritium* peut ensuite se compléter par la *causæ probatio* ou par l'*erroris causæ probatio* (5).

6° *Militia.* — La cité romaine est acquise à l'affranchi latin qui a servi un certain temps *inter vigiles Romæ.* Le temps de service exigé était d'abord de six ans; il fut ensuite réduit à trois (6).

7° *Navis fabricatio.* — En vertu d'un Édit de l'empereur Claude, le droit de cité est acquis au Latin qui a construit un navire contenant au moins 10,000 mesures, et qui, pendant six ans, a transporté du froment à Rome (7).

Enfin nous savons que le droit de cité est également acquis *ædificio* et *pistrino,* quand un Latin bâtit une maison, quand il établit un moulin ou une boulangerie. Mais les détails nous manquent (8).

Nous savons que l'esclave affranchi peut devenir, suivant les

(1) *Fragm. d'Ulpien,* III, § 1 *in fine.*
(2) *Op. cit.,* p. 200.
(3) *Fragm. d'Ulpien,* III, § 2.
(4) Gaius, Comment. III, § 72.
(5) Gaius, Comment. III, § 73.
(6) *Fragm. d'Ulpien,* III, § 5.
(7) *Fragm. d'Ulpien,* III, § 6.
(8) *Fragm. d'Ulpien,* III, § 1; Gaius, I, § 33.

cas, citoyen romain ou latin. Ce n'est pas tout : la loi Ælia Sentia avait créé, sous le nom de *déditices*, une troisième classe d'affranchis. Primitivement on appelait *dediticii* certains peuples qui, ayant combattu contre les Romains, avaient été forcés de se rendre à discrétion, qui, *ut victi sunt, se dediderunt* (1) : la loi Ælia Sentia attribua à une classe d'affranchis le nom et la condition de ces *peregrini*.

Ici on ne considère pas le mode employé pour l'affranchissement, ni l'âge de l'affranchi, ni l'espèce de propriété qu'avait le *manumissor*; l'affranchi pourra être déditice, lors même qu'il a reçu la liberté par un des modes solennels, lors même qu'il avait plus de trente ans, lors même que le *manumissor* avait sur lui le *dominium ex jure Quiritium* (2). Quelle est donc la cause qui fait que l'affranchi sera ainsi déditice? C'est toujours la circonstance qu'avant d'être affranchi il s'est trouvé dans une position infamante : l'esclave qui a passé par certaines situations est considéré comme incapable à tout jamais de devenir citoyen romain ou même latin. On peut supposer que l'esclave, à titre de peine, a été enchaîné ou marqué d'un fer chaud, qu'à l'occasion d'un délit il a été mis à la torture et convaincu de ce délit, qu'il a été livré pour combattre comme gladiateur ou contre les bêtes féroces, qu'il faisait partie d'une troupe d'esclaves jetés en prison ou rassemblés pour l'amusement du peuple (3).

Quelle était la condition des déditices? Leur condition étant inférieure à celle des Latins, il est évident qu'ils doivent d'abord être exclus de tous les droits qui sont refusés à ceux-ci. Ainsi les déditices n'ont pas de droits politiques, ils n'ont pas *connubium cum civibus romanis*, ils n'ont pas la *patria potestas*. De plus, ils n'ont pas le *commercium* (4), ni, par conséquent, la *factio testamenti* (5). Il leur est défendu de résider à Rome ou dans les cent premiers milles autour de Rome : le déditice qui contreviendrait à cette défense

(1) Gaius, Comment. I, § 14.

(2) Gaius, Comment. I, § 15.

(3) Gaius, Comment. I, § 13. Comp. *Fragm. d'Ulpien*, I, § 11, et *Sent. de Paul*, IV, XII, §§ 3-8.

(4) *Fragm. d'Ulpien*, XIX, § 4.

(5) *Fragm. d'Ulpien*, XX, § 14; XXII, § 2. Comp. Gaius, Comment. I, § 25.

serait vendu, lui et ses biens, pour le compte de l'État (*publicè venire jubetur*), avec la clause qu'il ne restera pas à Rome ni dans les cent premiers milles autour de Rome, et qu'il ne sera jamais affranchi; si nonobstant cette clause, il était affranchi, il deviendrait esclave du peuple romain, *servus populi romani* (1). — Ce qui aggrave beaucoup la condition du déditice, c'est que, comme je l'ai déjà indiqué, il lui est absolument interdit de parvenir à la qualité de citoyen romain (2).

La condition de déditice, telle qu'elle vient d'être exposée, appartient exclusivement à l'affranchi : il ne la transmet point à ses descendants. Cela ressort avec évidence d'un passage de Gaius (Comment. I, § 68 *in fine*). Supposons qu'une *civis romana* s'est mariée à un déditice qu'elle croyait *civis romanus* ou *latinus*. Aux termes de la loi Mensia (3), l'enfant qui naît de cette union doit suivre *deterioris parentis conditionem* : il ne sera donc pas *civis romanus*, comme sa mère; mais sera-t-il véritablement déditice comme son père? Non : il sera simplement *peregrinus*. En effet, Gaius nous dit que, si sa mère recourt à la *causæ erroris probatio*, le père restera *in suâ conditione*, tandis que l'enfant *fiet civis romanus*. Si le père, au lieu d'être déditice, avait été simplement *peregrinus*, lui aussi, par l'effet de l'*erroris causæ probatio*, serait devenu *civis romanus*, et alors il aurait eu la *patria potestas* sur son enfant.

Maintenant que nous avons étudié les règles de l'ancien droit sur les modes d'affranchissement et sur les différentes classes d'affranchis, voyons les modifications que ces règles ont successivement reçues jusqu'à Justinien.

Des anciens modes solennels d'affranchissement, deux subsistent encore dans le droit de Justinien, la vindicte et le testament (4). Quant à l'affranchissement *censu*, il n'en est plus question. Nous

(1) Gaius, Comment. I, § 27.

(2) *Nullâ lege aut senatusconsulto aut constitutione principali, aditus illi ad civitatem romanam datur* (Gaius, I, 26).

(3) *Fragm. d'Ulpien*, V, § 8. Ci-dessus, p. 175.

(4) Inst., § 1 *De libertinis* (I, 5). Il est bien certain que pour l'affranchissement *vindictâ* on n'employait plus les anciennes formes; seulement, le maître exprimait sa volonté devant le magistrat.

voyons, en effet, que, de Vespasien à Décius, c'est-à-dire pendant près de deux cents ans, le recensement ne fut pas fait une seule fois, et que celui qui eut lieu sous Décius fut le dernier. L'affranchissement *censu*, devenu par là même impossible, fut remplacé, sous Constantin, par l'affranchissement *in sacrosanctis Ecclesiis* (1) : le maître déclare donner la liberté à l'esclave, et cette déclaration faite dans l'église, en présence du peuple, *adsistentibus christianorum antistibus*, est constatée par écrit (2).

Après avoir indiqué que l'affranchissement peut se faire *per testamentum*, Justinien ajoute : *aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem*. Cela se réfère au codicille et à la donation à cause de mort, dont nous parlerons plus loin (3). Je me borne à remarquer pour le moment qu'en vertu d'une Constitution de Théodose le Jeune, insérée au Code de Justinien, l'acte de dernière volonté, pour être régulier, exige toujours l'intervention de cinq témoins (4).

Quant aux modes d'affranchissement entre-vifs, Justinien cite encore l'affranchissement *per epistolam*, et l'affranchissement *inter amicos*. Le maître qui veut affranchir son esclave emploie l'un ou l'autre de ces deux modes suivant que l'esclave est absent ou présent : quand l'esclave est absent, le maître lui écrit une lettre pour lui faire part de son intention (5) ; quand il est présent, il la lui déclare oralement. Dans les deux cas, Justinien exige l'intervention de cinq témoins, *quasi ex imitatione codicilli*, à l'imitation de ce qui a lieu en matière de codicille (6).

Enfin Justinien, après avoir énuméré les modes d'affranchissement qui viennent d'être expliqués ici, ajoute qu'il y en a plusieurs autres. On les trouvera indiqués dans la suite de la Constitution *De latinâ libertate tollendâ*, que j'ai déjà citée. Dans tous ces cas, la liberté résulte pour l'esclave ou de l'indignité du maître ou de

(1) C'est le mode d'affranchissement que Justinien mentionne en première ligne (Inst., *loc. cit.*).

(2) Voy. deux Constitutions de Constantin, l'une de l'an 316 et l'autre de l'an 321, qui forment le Titre *De his qui in Ecclesiis manum.*, au Code (1, 13).

(3) Voy., aux Institutes, § 1 *De donationibus* (II, 7), et le Titre *De codicillis* (II, 25).

(4) L. 8 § 3, C., *De codicillis* (6, 36).

(5) C'est ce que dit positivement Théophile (Liv. I, tit. V, § 4).

(6) L. un. §§ 1 et 2, C., *De latinâ libert. toll.* (7, 6).

l'exploite *per servos atque libertos;* or ces valeurs, qui se trouvent au loin, périssent sans qu'il le sache, de sorte qu'à son insu il est devenu insolvable (1): si dans ces circonstances il affranchit un esclave, l'affranchissement vaudra, quoique préjudiciable aux créanciers.

Papinien formule en ces termes l'opinion qui a prévalu : *Fraudis interpretatio semper in jure civili, non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur* (2). Et la même opinion est exprimée, aux Institutes, en termes plus énergiques encore : *Tunc intelligimus impediri libertatem cùm utroque modo fraudantur creditores, id est, et consilio manumittentis, et ipsâ re, eo quòd ejus bona non sunt suffectura creditoribus.* — Enfin Julien applique très-exactement la doctrine dont il s'agit à l'espèce suivante : Un homme qui doit de l'argent à Titius, et qui se sait insolvable, fait un affranchissement testamentaire; avant de mourir, il désintéresse Titius, et devient débiteur de Sempronius. « L'affranchissement, dit Julien, est valable, *etsi hereditas solvendo non sit : quia, libertates ut rescindantur, utrumque in eorumdem personam exigimus, et consilium et eventum; et, si quidem creditor, cujus fraudandi consilium initum erat, non fraudatur, adversùs eum qui fraudatur consilium initum non est* » (3). Mais cette décision n'est vraie, comme le remarque très-bien Paul, qu'autant que Titius n'a pas été désintéressé avec l'argent de Sempronius, ou, en d'autres termes, qu'autant que le deuxième créancier n'est pas subrogé au premier (4).

Quand le créancier change, nous venons de voir qu'il y a une distinction à faire. Que décider maintenant dans l'hypothèse inverse, quand c'est le débiteur qui change? Je suppose un homme qui fait un affranchissement testamentaire; par cet affranchissement il se rend insolvable ou il augmente son insolvabilité, et il en a conscience; il meurt, et sa succession est recueillie par un homme très-solvable : l'affranchissement sera-t-il nul ou valable?

(1) Exemple que donne Gaius, dans la L. 10 déjà citée.

(2) L. 79, D., *De reg. jur.* (50, 17).

(3) L. 15, D., *Quæ in fraudem credit.* (42, 8). Il résulte clairement de ce texte que le verbe latin *fraudare* veut dire simplement *occasionner un dommage* et n'implique pas de la part du débiteur ce que nous appelons une *fraude*.

(4) L. 16 *eod. tit.* Comp. Ulpien, L. 10 § 1 *eod. tit.*

Comme l'héritier continue la personne du *de cujus*, et comme les dispositions testamentaires n'existent véritablement qu'à la mort du testateur, on pourrait dire que dans l'espèce l'*eventus damni* fait défaut et qu'ainsi l'affranchissement doit être tenu pour valable. La question paraît avoir fait doute. Mais l'opinion qui avait prévalu, et qui est enseignée par Julien et par Gaius (1), c'est que l'affranchissement est nul. On peut dire à l'appui de cette doctrine que, s'il en était autrement, l'institué ne voudrait peut-être pas accepter la succession (2).

Lorsqu'un homme qui a promis ou vendu l'esclave Stichus dont il est propriétaire veut l'affranchir, de manière à se mettre hors d'état de remplir son obligation, peut-on dire qu'il y a là un affranchissement *in fraudem* dans le sens de la loi Ælia Sentia? En aucune façon, si du reste ce *manumissor* est solvable. La loi Ælia Sentia tient à ce que les créanciers soient payés; elle ne s'inquiète pas du tout de savoir si les obligations ne pourront pas être accomplies en nature. Dans notre espèce, le débiteur restant solvable après l'affranchissement, ayant le moyen de payer les dommages-intérêts auxquels il va être condamné envers le stipulant ou envers l'acheteur, la disposition de la loi Ælia Sentia se trouve par là même inapplicable, l'esclave a été valablement affranchi (3).

Lorsqu'un affranchissement a été fait *in fraudem creditorum*, la loi Ælia Sentia, venant au secours des créanciers, leur permet d'en faire prononcer la nullité. Il n'y a point là une nullité d'ordre public, susceptible d'être invoquée par toute personne intéressée : si donc les créanciers ne se plaignent pas, il est parfaitement certain

(1) L. 5 pr. *Qui et a quib. manum.* (40, 9); L. 57 *De manum. testam.* (40, 4).

(2) Julien admettait même la nullité au cas où le testateur qui se sait insolvable a fait l'affranchissement en ces termes : *Cùm æs alienum solutum erit, Stichus liber esto.* « Mais, dit Gaius, cela n'est pas conforme à la doctrine de Sabinus et de Cassius (qui paraît être celle de Julien lui-même), doctrine d'après laquelle pour la nullité de l'affranchissement il faut le *consilium fraudandi;* évidemment dans l'espèce ce *consilium* n'existe pas chez le testateur, *qui apertissimè curare videtur ne creditores sui fraudarentur.*» Voy. *dict.* L. 57, *in fine.*

(3) Ainsi, quand un testateur a légué un esclave appartenant à son héritier, si celui-ci l'affranchit, l'affranchissement est valable, mais l'héritier reste tenu envers le légataire, sans qu'il y ait à distinguer si l'héritier connaissait ou ignorait l'existence du legs. Voy., aux Institutes, § 16 *De legatis* (II, 20).

que l'affranchissement subsistera vis à vis du débiteur qui l'a fait: ce n'est point dans son intérêt que la loi Ælia Sentia a proclamé la nullité dont il s'agit.

Les créanciers peuvent-ils indéfiniment demander la nullité de l'affranchissement fait en fraude de leurs droits? Evidemment il serait bien dur de replonger en servitude celui qui a pu se croire valablement affranchi, et qui depuis un temps considérable a été laissé en possession de la liberté. Paul, dans son commentaire sur la loi Ælia Sentia, s'exprime ainsi : *Aristo respondit, a debitore fisci, qui solvendo non erat, manumissum, ità revocari in servitutem debere, si non diù in libertate fuisset, id est non minùs decennio* (1). Sans doute dans l'espèce rapportée par Paul, il s'agissait d'un débiteur du fisc; mais le délai de dix ans n'a rien de spécial à cette hypothèse : les créanciers, quels qu'ils soient, doivent avoir soin de former leur demande avant qu'il ne soit expiré.

Nous savons par Gaius (Comment. I, § 47) qu'en général les dispositions de la loi Ælia Sentia étaient applicables aux citoyens romains, non aux *peregrini*. Ainsi, par exemple, pour l'esclave d'un *peregrinus* il n'y aura pas à distinguer s'il a été affranchi étant *major* ou *minor triginta annorum*. Cependant un sénatusconsulte, rendu sous le règne d'Adrien, avait déclaré applicable aux pérégrins comme aux citoyens romains la disposition de cette loi qui tient pour nul l'affranchissement fait *in fraudem creditorum*.

Si l'acte qu'un débiteur fait *in fraudem creditorum* est autre qu'un affranchissement, si par exemple le débiteur, au lieu d'affranchir son esclave, l'a donné à un ami, la disposition de la loi Ælia Sentia se trouve inapplicable : elle ne prévoit que le cas d'affranchissement. Est-ce à dire que le droit romain ne protége les créanciers contre l'acte fait *in fraudem* qu'autant que cet acte est un affranchissement ? Non : en général, l'acte du débiteur fait *in fraudem creditorum* donne lieu, au profit des créanciers, à une action prétorienne, qu'on appelle *l'action Paulienne* et que nous étudierons plus tard (2).

Deuxième cas. — La loi Ælia Sentia veut que l'esclave qui a

(1) L. 16 § 3 *Qui et a quib. manum.* (40, 9).
(2) Inst., § 6 *De actionibus* (IV, 6).

pour maître un mineur de vingt ans ne puisse être affranchi par lui que moyennant des conditions particulières. *Eâdem lege*, dit Gaius (Comment. I, § 38), *minori* xx *annorum domino non aliter manumittere permittitur, quàm si vindictâ apud consilium justa causa manumissionis adprobata fuerit* (1). Ainsi, tandis qu'un jeune homme de quinze ans pourrait à son gré aliéner son esclave, il ne peut l'affranchir qu'autant qu'il a pour cela un juste motif, motif qui doit être approuvé par un certain conseil.

On peut se demander d'abord ce qu'il faut précisément entendre ici par un *mineur de vingt ans* (2). Aux yeux des jurisconsultes romains, pour qu'un homme ne puisse plus être considéré comme *minor* xx *annorum*, il n'est pas nécessaire que vingt ans comptés d'heure à heure se soient écoulés depuis sa naissance, il suffit que le vingtième anniversaire de cette naissance soit commencé. Par exemple, celui qui est né le 1[er] janvier, à une heure quelconque, cesse d'être *minor* xx *annorum* au moment où vingt ans après on arrive au milieu de la nuit qui sépare le 31 décembre du 1[er] janvier. Et voici ce que dit Ulpien pour expliquer cette décision : *Non majori* xx *annis permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari; jàm autem minor non est qui diem supremum agit anni vicesimi* (3). D'après cela, un homme peut n'être plus *minor* et cependant n'être pas encore *major* xx *annis*. — La décision dont il s'agit est également indiquée par le jurisconsulte Paul. Supposant qu'un esclave est dû à un mineur de vingt ans, il dit que l'engagement pris par le débiteur envers le créancier d'affranchir l'esclave serait frappé de nullité, comme tendant à éluder la disposition de la loi Ælia Sentia ; puis il ajoute : *Sed si ipsorum viginti annorum erit* (*creditor*), *non impedietur manumissio, quia de minore Lex loquitur* (4).

Du moment que la *causa manumissionis* a été approuvée par le conseil, l'affranchissement fait par le maître mineur de vingt ans

(1) Comp. *Fragm. d'Ulpien*, I, § 13; Inst., § 4 *Qui quib. ex causis* (I, 6).

(2) Nous connaissons déjà une autre hypothèse où il importe de distinguer si un homme est *major* ou *minor* xx *annorum*. Voy. aux Institutes, § 4 *De jure person.* (I, 3), et, ci-dessus, p. 152 et 153.

(3) L. 1, D., *De manum.* (40, 1).

(4) L. 66, D., *De verb. oblig.* (45, 1).

pourra valoir, lors même que ce maître serait encore impubère, pourvu dans ce cas qu'il soit autorisé par son tuteur. Si cependant le maître était encore *infans*, alors, conformément aux principes généraux que nous exposerons plus loin, l'affranchissement serait impossible. *Pupillus qui infans non est*, disait Neratius, *apud consilium rectè manumittit; — scilicet tutore auctore*, bien entendu avec l'autorisation de son tuteur, ajoute Paul (1).

Gaius, et après lui les Institutes, supposent que l'affranchissement dont le motif est approuvé par le conseil s'effectue *vindictâ*. Cela ne signifie point que l'affranchissement effectué d'une autre manière serait nul; cela signifie simplement que, si le maître veut que l'affranchi soit citoyen romain, il doit employer la vindicte. Gaius lui-même s'explique très-clairement sur ce point: *Quamvis Latinum facere velit minor* xx *annorum dominus, tamen nihilominùs debet apud consilium causam probare, et ità posteà inter amicos manumittere* (Comment. I, § 41).

Nous arrivons à parler du *consilium* qui doit constater la *justa causa manumissionis*. L'intervention de ce *consilium* est nécessaire, d'après la loi Ælia Sentia, dans deux cas distincts : 1° quand l'esclave a moins de trente ans, pour qu'il devienne citoyen romain et non pas simplement latin (2); 2° quand le maître a moins de vingt ans, pour que l'affranchissement soit valable. Le conseil se compose, à Rome, de cinq sénateurs et de cinq chevaliers romains pubères; dans les provinces, de vingt *recuperatores* citoyens romains. A Rome, le conseil s'occupe des affranchissements, certains jours déterminés; dans les provinces, le conseil s'assemble pour cet objet, le dernier jour du *conventus* (3). Est-ce à dire que le maître mineur de vingt ans ne puisse affranchir son esclave que dans la ville de Rome ou dans une ville de *conventus?* Non. Dans les *Tables de Salpensa* (chap. 28), après avoir dit qu'un *municeps* de Salpensa,

(1) L. 24, D., *De manum. vindictâ* (40, 2). — *Ità tamen*, ajoute encore Paul, *ut peculium eum non sequatur*. En général, le pupille ne doit pas être autorisé à faire des donations : il ne faut donc pas qu'il donne le pécule à l'esclave qu'il affranchit.

(2) Voy., ci-dessus, p. 192.

(3) Voy. Gaius, I, § 20. — Le mot *conventus* désigne proprement les assises que tenait le Gouverneur dans les villes principales de sa province. Il est aussi employé pour désigner les villes où se tenaient ces assises.

qui latinus erit, peut valablement affranchir son esclave *apud Duumviros*, on ajoute : *dùm is qui minor* xx *annorum erit, ità manumittat, si causam manumittendi justam esse is numerus Decurionum per quem decreta hâc lege facta rata sunt censuerit*. Ce qui veut dire que, l'affranchi devant être, non pas citoyen romain, mais latin comme son maître, la *causa manumissionis*, au lieu d'être approuvée par le conseil composé de vingt *recuperatores* citoyens romains, peut l'être tout simplement par l'*ordo*, par le Sénat municipal (1).

D'après Théophile (2), les personnages dont se compose le *consilium* siégent à côté du magistrat. Ils forment un véritable tribunal, que préside le magistrat : aussi sont-ils appelés *judices* dans une Constitution de l'empereur Antonin (3) et dans un passage du commentaire d'Ulpien sur la loi Ælia Sentia (4). Il est assez probable que les cinq sénateurs et les cinq chevaliers qui à Rome forment le *consilium* ne diffèrent point des *Decemviri litibus judicandis* dont parlent certains textes (5). — Il appartenait au Consul ou au Préteur, et, dans les provinces, au Gouverneur, de convoquer et de présider le tribunal dont il s'agit. C'est même là une fonction qui ne pouvait pas être exercée par celui à qui le magistrat aurait délégué sa juridiction : *mandatâ jurisdictione a Præside*, dit Ulpien (6), *consilium non potest exercere is cui mandatur*. — Nous ne savons pas exactement comment étaient nommés les membres du *consilium*. M. Laboulaye estime qu'en vertu du caractère absolu des magistratures romaines c'était le Proconsul ou le Préteur qui formait le *consilium* (7) ; j'ai quelque doute à cet égard.

Lorsque le conseil n'approuve pas la cause d'affranchissement alléguée devant lui, l'affranchissement se trouve par cela même impossible. Mais, réciproquement, lorsque le conseil a prononcé

(1) Comp. M. Giraud, *Les tables de Salpensa et de Malaga*, 6e lettre (particulièrement p. 110 et suiv.).

(2) *Paraphrase*, liv. 1, Tit. VI, § 4.

(3) L. 1, C., *De vindictâ* (7, 1).

(4) L. 16 pr., D., *De manum. vind.* (40, 2).

(5) Voy. notamment Pomponius, L. 2 § 29, D., *De orig. jur.* (1, 2).

(6) L. 2 pr., D., *De off. ejus cui mand. est jurisd.* (1, 21).

(7) *Les tables de bronze de Malaga et de Salpensa*, traduites et annotées par Ed. Laboulaye (1856), p. 24, note 36. Comp. M. Giraud, *op. cit.*, p. 114.

qu'il existe une *justa causa manumissionis*, est-il dès lors certain que le maître va pouvoir donner la liberté à son esclave ? Je ne le crois pas : il semble que le magistrat n'est point tenu de procéder à l'affranchissement, qu'il a un pouvoir souverain d'appréciation. C'est ainsi du moins que j'entends l'expression d'Ulpien, disant que le magistrat *ex Senatusconsulto consilii causam examinat* (1).

— Quelles sont les principales circonstances dans lesquelles on peut dire qu'il y a *justa causa manumissionis?* Gaius donne sur ce point une énumération assez longue (Comment. I, §§ 19 et 39) ; et Justinien la reproduit avec quelques développements. « Il y a *justa causa manumissionis*, dit Justinien (2), lorsqu'il s'agit pour le maître d'affranchir son père ou sa mère, son fils ou sa fille, son frère ou sa sœur, son précepteur, sa nourrice, celui qui l'a élevé, son frère de lait, un esclave dont il veut faire son procureur ou une esclave qu'il veut épouser. »

Je m'arrête un instant sur ces deux derniers cas.

Quand le maître veut affranchir son esclave *procuratoris habendi gratiâ*, on nous dit (*h.* § 5 *in fine*) qu'il n'y a là une *justa causa manumissionis* qu'autant que l'esclave n'est pas *minor* XVII *annis*. En effet, comme Justinien lui-même l'indique (*hoc Tit.*, § 7 *in fine*), celui-là seul peut postuler pour autrui qui a au moins dix-sept ans accomplis.

Le maître qui veut épouser son esclave a dès lors une *justa causa eam manumittendi*. Du reste, l'affranchissement approuvé et réalisé dans ce but ne sera maintenu qu'autant que le mariage aura eu lieu dans les six mois. Le texte apporte cependant une restriction à ce principe : *nisi justa causa impediat*, à moins que quelque

(1) L. 1 § 2, D., *De off. Consulis* (1, 10). Pour comprendre ce texte, plusieurs cas doivent être successivement étudiés :

1° Un esclave majeur de 30 ans appartient à un magistrat majeur de 20 ans: son maître peut l'affranchir soit *apud se*, soit devant un magistrat supérieur (L. 1 § 2 *De off. Consulis*, et L. 14 pr. *De manum.*) ;

2° Un esclave mineur de 30 ans appartient à un magistrat majeur de 20 ans; le maître ayant convoqué le conseil et ayant affranchi l'esclave *apud se*, l'affranchissement est valable et l'affranchi est citoyen romain (L. 5 *De manum. vind.*);

3° Un esclave appartient à un magistrat mineur de 20 ans : le conseil ayant été convoqué et présidé par son collègue, ce maître pourra faire l'affranchissement *apud se* (L. 20 § 4 *De manum. vind.*, et L. 1 § 2 *De off. Consulis*).

(2) Inst., § 5 *Qui quib. ex causis* (1, 6).

motif légitime n'ait empêché le mariage. Par exemple, une esclave ayant ainsi été affranchie *matrimonii causâ*, le *manumissor* vient à mourir ou à être fait sénateur avant l'expiration des six mois et sans que le mariage ait eu lieu : dans ces deux cas, le mariage se trouve désormais impossible, et cependant l'affranchissement sera maintenu. — Lorsqu'une esclave est ainsi affranchie *matrimonii causâ*, elle est véritablement affranchie sous condition : l'affranchissement *vindictâ*, qui ne comporte pas une condition expresse, comporte au contraire très-bien une condition tacite ou sous-entendue (1), et tel est précisément le cas de notre condition *si intrà sex menses uxor ducatur*. Tant que les six mois ne sont pas expirés et qu'on ne sait pas si le mariage aura lieu ou n'aura pas lieu dans le délai, la femme est *statulibera* (2). — Si nous supposons qu'un esclave appartient à une mineure de vingt ans, celle-ci pourrait-elle présenter comme *justa causa eum manumittendi* l'intention qu'elle a de l'épouser? En principe, il faut répondre négativement, bien que la question ait été discutée parmi les jurisconsultes romains : *Sunt qui putant*, dit Marcien (3), *etiam fœminas posse matrimonii causâ manumittere; sed itâ, si fortè conservus suus in hoc ei legatus est.*

L'énumération qui vient d'être donnée des *justæ causæ manumissionis* n'est certainement pas limitative. Le *consilium* avait sans doute à cet égard un pouvoir discrétionnaire. Il y aurait encore *justa causa manumissionis* si, par exemple, l'esclave avait sauvé la vie ou l'honneur de son maître (4).

Il serait possible que le *consilium* eût été trompé, qu'on lui eût fait admettre comme autorisant l'affranchissement une *causa* qui en réalité n'existait point. Alors, la vérité étant une fois reconnue, la décision du *consilium* peut-elle être rétractée? Non : il a été admis en faveur de la liberté que la décision bonne ou mauvaise du *consilium* était irrévocable : *semel causa probata*, dit Justinien (5), *sive vera sit sive falsa, non retractatur*. Il paraît qu'Antonin le Pieux

(1) Application du principe que pose Papinien, L. 77 *De reg. jur.* (50, 17).
(2) Voy. ci-dessus, p. 190.
(3) L. 14 § 1 *De manum. vind.* (40, 2).
(4) Marcien, L. 9 pr. *De manum. vind.*
(5) Inst., § 6 *Qui quib. ex causis.*

avait rendu un rescrit en ce sens. Le jurisconsulte Marcien, qui le mentionne, ajoute : *Causæ probationi contradicendum, non etiam causa jàm probata retractanda est* (1). — A plus forte raison, l'affranchissement lui-même, une fois accompli, ne pourrait-il pas être rescindé sous prétexte qu'il n'y avait réellement pas de *justa causa manumissionis*. Comme le disent expressément les empereurs Dioclétien et Maximien, *semel præstitam libertatem revocari non licet* (2).

— Comme le remarque Gaius (Comment. I, § 40), l'homme qui a quatorze ans accomplis peut faire son testament et librement disposer de tous ses biens; cependant, aux termes de la loi Ælia Sentia, tant qu'il est *minor* xx *annis*, il n'est pas en son pouvoir de donner la liberté à un seul esclave ! N'y a-t-il pas là une inconséquence? En aucune façon. L'affranchissement des esclaves peut et doit être soumis à des conditions plus rigoureuses que tout autre acte de disposition, parce qu'il y a un intérêt public à ce que la qualité de citoyen ne soit pas donnée légèrement à des individus qui, s'ils en sont indignes, en abuseront peut-être au grand dommage de l'État.

Justinien n'a pas tenu compte de cette observation bien simple, et il a modifié la disposition de la loi Ælia Sentia qui vient d'être expliquée. « Pourquoi, dit-il (3), ne permettrions-nous pas à celui qui, par testament, peut disposer de tous ses biens, de disposer aussi de ses esclaves *in ultimâ voluntate*, de façon à leur donner la liberté? » Il ne le permet cependant pas d'une manière absolue, et il conserve, en l'amoindrissant, la différence qui semble le choquer. En effet, d'après les Institutes, dès qu'un homme a quatorze ans accomplis, il peut tester, il peut faire en général toutes les dispositions dont un testament est susceptible; seulement, il ne peut faire un affranchissement testamentaire qu'à l'âge où il pourrait postuler pour autrui, c'est-à-dire à dix-sept ans accomplis. Plus tard, dans la Novelle 119, chap. 2, Justinien supprime com-

(1) L. 9 § 1, D., *De manum. vind.*
(2) L. 20, C., *De liberali causâ* (7, 16). Voy. aussi Gordien, L. 2, C., *Si adversùs libert.* (2, 31).
(3) Inst., § 7 *Qui quib. ex causis.*

plétement la différence que les Institutes n'avaient fait qu'atténuer, et il permet au maître de faire un affranchissement testamentaire dès l'instant où il peut faire un testament, c'est-à-dire dès l'âge de quatorze ans accomplis.

Il faut bien remarquer que Justinien ne modifie en rien la disposition de la loi Ælia Sentia, en tant qu'il s'agit d'affranchissement entre-vifs. Même dans le droit de Justinien, le maître mineur de vingt ans, qui veut affranchir son esclave *vindictâ* ou *per epistolam* ou *inter amicos*, a besoin pour cela de l'approbation du *consilium*.

Nous venons d'étudier quatre dispositions importantes de la loi Ælia Sentia :

La première veut que l'esclave mineur de trente ans, affranch *sine justâ causâ a consilio probatâ*, devienne latin;

La seconde veut que l'esclave qui s'est trouvé dans une condition infamante soit déditice après l'affranchissement;

La troisième tient pour nul et non avenu l'affranchissement fait *in fraudem creditorum ;*

La quatrième veut qu'un mineur de vingt ans ne puisse affranchir son esclave qu'autant qu'il existe une *justa causa manumittendi* approuvée par un conseil.

Il y a un certain cas (un cas d'affranchissement testamentaire) dans lequel aucune de ces quatre dispositions ne s'applique. Du moment qu'on se trouve dans le cas dont il s'agit, la loi Ælia Sentia ne fera pas que l'affranchissement soit nul, que l'affranchi soit latin ou déditice; l'affranchissement sera toujours valable, l'affranchi sera toujours citoyen romain. Quel est ce cas dans lequel les dispositions de la loi Ælia Sentia se trouvent ainsi suspendues? C'est le cas où, si l'esclave ne devenait pas libre et citoyen romain, le maître n'aurait pas d'héritier testamentaire. Le jurisconsulte Scævola fait allusion à ce principe remarquable lorsqu'il dit : *Si non lex Ælia Sentia, sed alia lex, vel senatusconsultum, aut etiam Constitutio, servi libertatem impediat : is necessarius fieri non potest, etiamsi non sit solvendo testator* (1). Pour que l'esclave devienne

(1) L. 83 pr., D., *De hered. instit.* (28, 5).

héritier nécessaire de son maître, il faut avant tout qu'il soit libre et citoyen romain : *quid* lorsqu'on se trouve dans un cas où, d'après la règle, cette condition doit faire défaut? La règle pourra être écartée si elle est écrite dans la loi Ælia Sentia, mais non si elle est écrite dans une autre loi, dans un sénatusconsulte ou dans une Constitution impériale.

Pour plus de clarté, reprenons successivement les quatre dispositions de la loi Ælia Sentia :

Première disposition. — Un testateur affranchit et institue pour héritier son esclave, qui a moins de trente ans. Si l'on applique la loi Ælia Sentia, l'esclave, ne devenant pas citoyen romain, ne pourra pas recueillir l'hérédité, et, par conséquent, le testateur sera mort intestat. Mais ce résultat a paru trop rigoureux : *Minor* XXX *annorum servus*, dit Gaius (Comment. I, § 21), *manumissione potest civis romanus fieri, si ab eo domino, qui solvendo non erat, testamento liber et heres relictus sit* (1).

Seconde disposition. — L'esclave affranchi et institué héritier par le testament de son maître devrait être déditice si l'on appliquait la loi Ælia Sentia. Ulpien, mettant sur la même ligne cette hypothèse et l'hypothèse précédente, dit que la loi ne sera pas appliquée : *Ab eo domino, qui solvendo non est, servus testamento liber esse jussus et heres institutus, etsi minor sit* XXX *annis, vel in eâ causâ sit ut dedititius fieri debeat, civis romanus et heres fit, si tamen alius ex eo testamento nemo heres sit. Quod si duo pluresve liberi heredesque esse jussi sint, primo loco scriptus liber et heres fit : quod et ipsum lex Ælia Sentia facit* (2).

Troisième disposition. — Un homme est insolvable, ou il va le devenir en affranchissant son esclave, et il en a conscience; pourtant dans son testament il affranchit cet esclave et il l'institue pour

(1) L'esclave mineur de trente ans devient également citoyen romain, et non latin, lorsque, au lieu d'être institué héritier, il est nommé tuteur par le testament de son maître. Voy. Paul, L. 32 § 2 *De testament. tut.* (26, 2). Nous reviendrons sur ce point, en expliquant le § 1, Inst., *Qui testam. tut. dari possunt* (I, 14).

(2) *Fragm. d'Ulpien*, I, § 14. La décision donnée à la fin du texte s'applique dans tous les cas : on n'abandonne jamais la règle de la loi Ælia Sentia qu'en tant que cela est indispensable pour empêcher le défunt de rester sans héritier testamentaire ; dès qu'il y en a un, la règle reprend son empire

héritier. Dirons-nous que l'affranchissement est nul comme fait *in fraudem creditorum*, et que, par suite, l'institution aussi est nulle? La loi Ælia Sentia elle-même avait expressément décidé le contraire, ainsi que nous le voyons aux Institutes (1). Il faut seulement supposer que personne autre que cet esclave ne peut arriver à la succession en vertu du testament. Comme l'explique très-bien Justinien, c'est en désespoir de cause, quand il n'y a aucun autre moyen d'empêcher que les biens du défunt ne soient vendus sous son nom, que l'on déroge ainsi à la règle suivant laquelle un esclave ne peut jamais être affranchi *in fraudem creditorum* (2). Par la même raison, si deux esclaves avaient été ainsi affranchis et institués, ce serait seulement le *primo loco scriptus* qui obtiendrait la liberté et la succession (3). Mais Julien se demande ce qui arriverait si le débiteur insolvable, ayant deux esclaves du même nom, les avait tous deux, par une seule et même phrase, affranchis et institués : « On peut soutenir, dit le jurisconsulte, que, si l'un des esclaves vient à mourir avant l'ouverture du testament, le survivant sera libre et seul héritier nécessaire; *quòd si uterque vivit, institutionem nullius esse momenti, propter legem Æliam Sentiam, quæ ampliùs quàm unum necessarium heredem fieri vetat* » (4). Ainsi, suivant la remarque de Paül, les deux esclaves affranchis et institués de telle sorte qu'aucun d'eux ne soit *prior scriptus*, ces deux esclaves s'excluent réciproquement, *invicem sibi obstant* (5).

Quatrième disposition. — Un pubère mineur de vingt ans, faisant son testament, et craignant de ne pas avoir d'héritier volontaire, affranchit et institue pour héritier son esclave. Si l'on s'en tient à la règle de la loi Ælia Sentia, l'affranchissement étant fait sans qu'une *justa causa manumissionis* ait été approuvée par le conseil, cet affranchissement sera nul, et, par suite, le défunt se trouvera *sine herede*.

(1) § 1 *Qui quib. ex causis* (I, 6).

(2) Pour bien comprendre la fin du texte, il suffit de savoir que, quand un homme est mort *sine herede*, ses créanciers font vendre ses biens sous son nom, tandis que, quand il y a un héritier, si les biens sont mis en vente, c'est sous le nom de l'héritier.

(3) Voy. Celsus, L. 60, D., *De hered. instit.* (28, 5). Comp. les *Fragm. d'Ulpien*, I, § 14, et ci-dessus, p. 214, note 2.

(4) L. 42, D., *De hered. instit.*

(5) L. 43 *eod. tit.*

Mais, en cas pareil, il est tellement évident qu'il existe une *justa causa manumittendi*, puisque, si l'esclave ne peut pas être héritier, les biens seront vendus sous le nom du maître, qu'il n'y a pas même besoin que cette *justa causa* ait été reconnue par le conseil. C'est précisément ce que disait Paul, dans son commentaire sur la loi Ælia Sentia : *Qui potuerint apud consilium manumittendo ad libertatem perducere, possunt etiam necessarium heredem facere, ut hæc ipsa necessitas probabilem faciat manumissionem* (1). On comprend, du reste, que cette décision n'a plus de sens dans la législation justinienne, depuis la Novelle 119 (2).

— En étudiant le cas remarquable dans lequel les quatre dispositions de la loi Ælia Sentia cessent de s'appliquer, nous avons toujours supposé un testateur qui affranchit son esclave et qui l'institue héritier. Faut-il que la volonté de l'affranchir soit expressément manifestée, ou bien au contraire l'institution n'implique-t-elle pas suffisamment cette volonté? A vrai dire, cette question n'est point de notre matière; elle appartient à la matière des testaments. Cependant Justinien s'en est occupé, dans les Institutes, à propos de la disposition de la loi Ælia Sentia qui tient pour nul l'affranchissement fait *in fraudem creditorum* (3); mais cela ne l'a pas empêché d'y revenir plus tard (4). Pour le moment, je me borne à dire qu'en général les anciens jurisconsultes voulaient qu'il y eût dans le testament une *manumissio* expresse de l'esclave institué, et qu'ils tenaient pour nulle l'institution faite par le maître *sine manumissione* (5); mais que Justinien a décidé, en 531, que l'esclave institué par son maître devait être considéré comme recevant de lui la liberté, *ut ex ipsâ scripturâ institutionis etiam libertas ei competere videatur*.

D'après la loi Ælia Sentia, il y a deux cas distincts dans lesquels le maître ne peut pas affranchir son esclave, savoir : 1° le cas où

(1) L. 27, D., *De manum. testam.* (40, 4).
(2) Voy., ci-dessus, p. 212 et 213.
(3) Voy. § 2 *Qui quib. ex causis.*
(4) Pr. *De hered. instit.* (II, 14).
(5) Voy. Gaius, Comment. I, § 123, et Comment. II, § 187; *Fragm. d'Ulpien*, XXII, § 12 *in fine*.

il veut l'affranchir *in fraudem creditorum*, et 2° le cas où, étant mineur de vingt ans, il n'a pas fait approuver par le conseil une *iusta causa manumissionis*. Il nous reste à étudier certains autres cas où l'affranchissement est défendu.

Nous voyons d'abord qu'une loi Furia ou Fusia Caninia, rendue l'an 761 de la fondation de Rome, avait mis certaines limites à la faculté d'un testateur d'affranchir ses esclaves. Cette loi ne concerne que l'affranchissement testamentaire (1). L'affranchissement testamentaire est celui dont il est à craindre que le maître ne fasse abus : car, au moyen de cet affranchissement, il ne se dépouille pas lui-même; il est généreux, sans qu'il lui en coûte rien. Il n'est donc pas étonnant que l'attention du législateur se soit portée spécialement sur l'affranchissement testamentaire.

La loi Furia Caninia contenait deux dispositions distinctes :

Une première disposition fixe le nombre d'esclaves que le testateur peut affranchir. S'il a un ou deux esclaves, aucune restriction n'est apportée à son *jus manumittendi*. En a-t-il trois, il ne peut en affranchir que deux. De quatre à dix, il peut en affranchir la moitié. De dix à trente, le tiers, et toujours au moins cinq (2). De trente à cent, le quart, et toujours au moins dix. De cent à cinq cents, le cinquième, et toujours au moins vingt-cinq. Enfin, quel que soit le nombre des esclaves appartenant au testateur, jamais il ne peut en affranchir plus de cent (3). — Si le testateur avait affranchi plus d'esclaves qu'il n'est permis, l'affranchissement vaudrait seulement pour ceux dont les noms sont écrits les premiers, et on s'arrêterait dès que le nombre permis par la loi se trouverait complet. Supposons qu'un testateur, pour rendre inapplicable la disposition restrictive dont il s'agit, a déclaré affranchir un nombre d'esclaves supérieur au maximum fixé par la loi, en

(1) *Nec ad eos quidem omninò hæc lex pertinet qui sine testamento manumittunt : itaque licet iis qui vindictâ aut censu aut inter amicos manumittunt totam familiam suam liberare, scilicet si alia causa non impediat libertatem* (Gaius, I, 44).

(2) Celui qui a dix esclaves peut en affranchir la moitié, c'est-à-dire cinq; il serait absurde que celui qui en a douze ne pût en affranchir que le tiers, c'est-à-dire quatre.

(3) Voy. Gaius, I, 43 et 45; *Fragm. d'Ulpien*, I, 24; *Sent. de Paul*, IV, XIV, § 4.

écrivant leurs noms en cercle, *in orbem*, de telle sorte qu'il est impossible de dire quel est le premier et quel est le dernier : en cas pareil, aucun affranchissement ne vaudra (1).

La deuxième disposition de la loi Furia Caninia voulait que l'affranchissement fût nominatif, c'est-à-dire qu'un esclave ne pût jamais devenir libre *ex testamento* s'il n'avait pas été individuellement désigné par le testateur. Si par exemple le testateur avait exprimé la volonté d'affranchir tous les esclaves qu'il a dans telle province, tous les esclaves qui sont nés chez lui dans le cours de l'année, cela serait nul. Du reste, pour que l'affranchissement soit considéré comme nominatif, il n'est pas nécessaire que le testateur ait désigné l'esclave par son nom propre, Stichus, Pamphile, etc. ; il suffit qu'il l'ait désigné de telle façon qu'on puisse facilement reconnaître celui qu'il avait en vue, comme s'il a dit *meus dispensator* (mon intendant), *meus obsonator* (mon maître-d'hôtel), etc. (2).

La loi Furia Caninia a été abrogée par une Constitution de Justinien (3). Cette abrogation est indiquée, à deux reprises, dans les Institutes. Nous trouvons d'abord, au Livre I, un Titre VII *De lege Fusiâ Caniniâ sublatâ*, où Justinien déclare qu'il est inhumain que celui qui peut affranchir entre-vifs tous ses esclaves (*totam suam familiam*) ne le puisse pas de même par son testament. De plus, au Livre II, Titre XX *De legatis*, après avoir dit (§ 25) : *Libertas incertæ personæ non videbatur posse dari, quia placebat nominatim servos liberari*, on ajoute (§ 27) que cette règle n'existe plus.

— Quant aux autres cas qu'il me reste à signaler, dans lesquels l'affranchissement n'est pas possible (4), je les divise en deux classes, suivant que l'impossibilité tient à la position du maître ou à la position de l'esclave :

Première classe. — D'après un sénatusconsulte, la faculté d'af-

(1) *Si testamento scriptis in orbem servis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt : quia lex Furia Caninia quæ in fraudem ejus facta sunt rescindit. Sunt etiam specialia senatusconsulta quibus rescissa sunt ea quæ in fraudem ejus legis excogitata sunt* (Gaius, I, 46).

(2) Voy. Gaius, Comment. II, § 239, et L. 24, D., *De manum. test.* (40, 4); *Fragm. d'Ulp.*, I, 25; *Sent. de Paul*, IV, XIV, § 1.

(3) Voy., au Code, le Titre *De lege Furiâ Caniniâ tollendâ* (7, 3).

(4) Cas auxquels fait allusion la L. 83 pr. *De hered. instit.*, citée ci-dessus, p. 213.

franchir ses esclaves est retirée au maître lorsqu'il est sous le coup d'une accusation capitale (*reus capitalis criminis*), bien qu'il reste *dominus* jusqu'à la condamnation (1).

Toutes les fois qu'il y a divorce, à moins qu'il n'ait eu lieu *bonâ gratiâ* (par consentement mutuel), la femme, aux termes de la loi Julia *de adulteriis*, est incapable, pendant les soixante jours qui suivent ce divorce, d'affranchir ou d'aliéner ses esclaves. Sur quoi est fondée cette disposition? Le divorce fait présumer l'adultère : si l'accusation d'adultère est intentée contre la femme, il faut que ses esclaves puissent être appelés en témoignage, et même il faut qu'ils puissent être soumis à la torture ; or, une fois devenus libres, on ne pourrait plus les y soumettre (2).

La femme accusée d'adultère ne peut pas, dans le testament qu'elle ferait même avant la sentence, affranchir son esclave impliqué dans la même accusation. Cette règle est consacrée par une Constitution des empereurs Sévère et Antonin, dont le Digeste et les Institutes nous ont conservé les termes (3).

Deuxième classe. — Un esclave peut être privé de la possibilité d'obtenir sa liberté, soit parce qu'il a été vendu par son maître avec la clause *ne manumittatur*, soit parce qu'il est dit dans le testament de son maître qu'il ne pourra pas être affranchi, soit enfin parce que, à la suite de quelque délit commis par cet esclave, le Préfet ou le Président de la province a décidé qu'il ne pourrait pas devenir libre (4).

Lorsqu'un esclave a commis le délit qu'on appelle *plagium*, lequel consiste à séquestrer ou à recéler une personne, et que le maître de cet esclave a dû supporter la peine pécuniaire prononcée par la loi Favia ou Fabiâ (5), l'affranchissement qu'obtiendrait cet esclave dans les dix ans serait frappé de nullité. Du reste, s'il s'agit d'un affranchissement testamentaire, on doit considérer, non pas

(1) Voy. Marcien, L. 8 § 1, D., *De manum.* (40, 1).

(2) *Prospexit legislator ne mancipia per manumissionem quæstioni subducantur.* Voy. Ulpien, LL. 12 et 14, D., *Qui et a quib. manum.* (40, 9).

(3) L. 48 § 2, D., *De hered. inst.* (28, 5); Inst., pr. *De hered. inst.* (II, 14).

(4) Paul, L. 9, D., *De manum.* (40, 1).

(5) Sur cette loi, qui est déjà mentionnée par Cicéron (*Pro Rabirio,* 3), voy., au Digeste, le Titre *De lege Fabiâ de plagiariis* (48, 15); au Code, le même Titre (9, 20), et enfin le Titre XIII de la *Collatio legum mosaïcarum.*

l'instant où le testament est fait, mais l'instant où la liberté pourrait effectivement en résulter, c'est-à-dire, suivant les cas, l'instant où le testateur vient à mourir ou bien l'instant où sa succession est acceptée par l'héritier institué. Ainsi, que le maître de l'esclave teste dans les dix ans, pourvu qu'il meure après l'expiration de ces dix ans, la loi Fabia ne mettra pas obstacle à la validité de la *manumissio* contenue dans le testament (1).

Toutes les fois qu'un esclave a été condamné par le magistrat *in temporaria vincula*, la *manumissio* qui aurait lieu pendant la durée de la peine serait frappée de nullité. Papinien rapporte qu'un rescrit des empereurs qu'il appelle *fratres imperatores* (2) l'avait décidé ainsi (3).

Je signalerai un dernier cas, qui est fort remarquable. Un testateur a légué sous condition son esclave Stichus; ce testateur est mort, et l'héritier institué a fait adition : la condition apposée au legs étant encore *in pendenti*, à qui appartient l'esclave Stichus? Suivant les Sabiniens, il appartient pour le moment à l'héritier; mais, si la condition s'accomplit, immédiatement la propriété passera au légataire (4). Malgré l'assertion contraire de Gaius, il paraît bien que cette doctrine est celle qui avait prévalu parmi les jurisconsultes, et, en tout cas, comme nous allons le voir, elle a été admise dans le Digeste. L'héritier, étant ainsi propriétaire de l'esclave *pendente conditione*, peut-il valablement l'affranchir? Gaius et Paul s'accordent à dire qu'il ne le peut pas, *ne legatario injuria fieret* (5). L'héritier pourrait bien aliéner l'esclave, sauf que la propriété par lui conférée s'évanouirait *eveniente conditione;* il ne peut pas l'affranchir, parce que, comme nous le savons (6), la liberté

(1) Voy. Paul, Dig., L. 12 *De manum.* (40, 1), et L. 17 § 2 *Qui et a quib. manum.* (40, 9).

(2) Pour désigner les empereurs Lucius Verus et Marc-Aurèle, les jurisconsultes disent *Divi fratres*. Ne serait-il pas question ici d'Antonin Caracalla et de Géta?

(3) L. 33, D., *De pœnis* (48, 19). Comp. une Constitution des empereurs Sévère et Antonin, L. 1, C., *Qui non poss. ad libert. perv.* (7, 12).

(4) Voy. Gaius, Comment. II, §§ 195 et 200.

(5) L. 11 *De manum.* (40, 1); L. 29 § 1 *Qui et a quib. manum.* (40, 9). Ce dernier texte dit formellement : *Sub conditione servus legatus, pendente conditione, pleno jure heredis est.*

(6) Voy., ci-dessus, p. 211 et 212.

une fois acquise est irrévocable. — Mais l'affranchissement ainsi fait par l'héritier doit-il rester nul quoi qu'il arrive ? ne faut-il pas dire, au contraire, que l'esclave deviendra libre en vertu de cet affranchissement dès qu'il sera certain que la condition mise au legs ne s'accomplira point? Je le crois : l'affranchissement a été fait sous une condition tacite, sous la condition que le legs s'évanouirait. On peut invoquer en ce sens la décision donnée pour le cas où l'esclave, légué purement et simplement, est affranchi par l'héritier *deliberante legatario*, et où le légataire finit par répudier le legs (1).

(1) Voy. Ulpien, L. 2 *De manum.* (40, 1), et L. 3 *De manum. vind.* (40, 2).

DEUXIÈME CLASSIFICATION DES PERSONNES :

SUI JURIS et ALIENI JURIS.

Toute personne est libre ou esclave ; de même toute personne est *sui juris* ou *alieni juris*. Ce sont deux divisions générales : l'une comme l'autre embrasse l'universalité des hommes.

Quand on divise les personnes en libres et esclaves, on les considère principalement au point de vue de leur position dans l'État, dans la cité ; quand on les divise en personnes *sui juris* et personnes *alieni juris*, on les considère plutôt au point de vue de leur position dans la famille.

Que signifie précisément, chez les Romains, ce mot *familia ?* Il est employé dans plusieurs acceptions distinctes. Quelquefois il est à peu près synonyme de *domus*, et il signifie l'homme qui a droit de commander dans une maison, et tous ceux qui, à divers titres, lui doivent obéissance, c'est-à-dire sa femme, ses enfants, ses esclaves. D'autres fois il signifie l'ensemble des personnes unies entre elles par le lien de parenté civile qu'on appelle *agnation* (1). Dans un sens plus large, la *familia* comprend toutes les personnes qui ont une origine commune, qui sont unies entre elles par le lien de parenté naturelle appelé *cognatio*. Anciennement le mot *familia* désignait le patrimoine appartenant à une personne, notamment le patrimoine laissé par un défunt : c'est ainsi que l'action en partage d'une succession portait le nom d'action *familiæ erciscundæ*. Enfin nous avons déjà vu le mot *familia* employé pour désigner une certaine portion du patrimoine, les esclaves (2). Ces nombreuses acceptions du mot *familia* sont indiquées dans un fragment d'Ulpien, qui a été inséré au Digeste (3).

(1) Voy. Gaius, Comment. I, § 156; et Inst. de Just., § 1 *De legit. adgnat. tut.* (I, 15).

(2) Voy. Gaius, Comment. I, § 44; Inst., *De lege Fusiâ Caniniâ sublatâ* (I, 7).

(3) L. 195 *De verb. signif.* (50, 16).

Les personnes *sui juris* sont celles qui ne sont point sous la puissance, sous la dépendance d'une autre personne. S'agit-il d'un homme : on dira indifféremment qu'il est *sui juris* ou qu'il est *paterfamiliâs*, car cette dernière dénomination n'implique point l'idée de paternité. S'agit-il d'une femme : on dira indifféremment qu'elle est *sui juris* ou qu'elle est *materfamiliâs* lors même qu'elle n'a point d'enfants (1). Il paraît toutefois que le nom de *materfamiliâs* était un nom très-honorable et que dans l'usage on ne l'aurait pas donné absolument à toute femme *sui juris : Matremfamiliâs*, dit Ulpien (2), *accipere debemus eam quæ non inhonestè vixit : matrem enim familiâs a cæteris feminis mores discernunt atque separant.*

Quant aux personnes *alieni juris*, dans l'ancien droit on en reconnaissait quatre classes, savoir: les esclaves soumis à la puissance dominicale, les fils de famille soumis à la puissance paternelle, les femmes *in manu*, et enfin les personnes *in mancipio* (3). Dans le droit de Justinien, il n'y a plus ni *manus* ni *mancipium* : aussi les Institutes se bornent-elles à dire que, parmi les personnes *alieni juris, aliæ in potestate parentium, aliæ in potestate dominorum sunt* (4).

Nous allons d'abord nous occuper des personnes *alieni juris*; nous traiterons ensuite de certaines personnes *sui juris* (personnes en tutelle et personnes en curatelle). Nous terminerons ainsi l'explication du commentaire I de Gaius et du premier Livre des Institutes de Justinien.

PREMIÈRE CLASSE DE PERSONNES *ALIENI JURIS* : LES ESCLAVES.

Nous savons déjà que la puissance dominicale est du droit des gens : *Quæ quidem potestas juris gentium est : nàm apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ*

(1) Voy. Ulpien, L. 4, D., *De his qui sui vel alieni juris sunt* (1, 6).
(2) L. 46 § 1 *De verb. signif.*
(3) Voy. Gaius, Comment. I, § 49.
(4) Pr. *De his qui sui vel alieni juris sunt* (I, 8).

necisque potestatem esse, et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur (1).

Considérons successivement la puissance dominicale comme s'appliquant aux biens et comme s'appliquant à la personne.

1. Relativement aux biens, la règle est que toute acquisition faite par l'esclave profite au maître (2). En général, l'esclave peut acquérir des biens, les modes d'acquérir lui sont accessibles comme à son maître; mais il est incapable d'être propriétaire. En conséquence, le maître devient propriétaire par suite de l'acquisition que fait l'esclave.

L'incapacité pour l'esclave d'être propriétaire a toujours existé en droit romain; elle existe encore du temps de Justinien. Mais de tout temps aussi le maître a pu remettre à l'esclave certaines valeurs, lui en laisser l'administration, l'encourager de différentes manières à les faire fructifier. Sans doute ces valeurs, qui composent ce qu'on appelle le pécule, en droit ne cessent pas d'appartenir au maître : le maître peut toujours, à son gré, les reprendre à l'esclave. Mais, en fait et provisoirement, le pécule constitue pour l'esclave une sorte de patrimoine (3); bien plus, nous verrons que, jusqu'à un certain point, ce pécule, soit vis à vis des tiers, soit même vis à vis du maître, est traité par le Préteur et par les jurisconsultes comme le patrimoine appartenant à un homme libre (4).

L'esclave étant incapable d'être propriétaire, il s'ensuit qu'il ne peut pas directement se racheter, c'est-à-dire recevoir de son maître la liberté moyennant un équivalent pécuniaire qu'il lui fournirait. Cependant on avait admis que l'esclave peut arriver à peu près au même résultat par un moyen détourné. S'il trouve un tiers qui consent à l'acheter, en promettant de l'affranchir quand le prix d'achat lui aura été remboursé, un rescrit des empereurs Verus et

(1) Gaius, Comment. I, § 52; Inst., § 1 *De his qui sui vel al. jur. sunt* (I, 8).

(2) Nous verrons plus tard le développement de cette règle, en expliquant le Titre *Per quas pers. nob. adquir.* (Inst., II, 9).

(3) On dit, aux Institutes, § 10 *De action.* (IV, 6), que le pécule est *veluti patrimonium servorum;* et, d'après le jurisconsulte Ulpien, PECULIUM *dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum.* Voy. L. 5 § 3, D., *De peculio* (15, 1).

(4) Voy. surtout, aux Institutes, le Titre *Quod cum eo qui in aliená potestate est negotium gestum esse dicetur* (IV, 7).

Marc-Aurèle décide que cet esclave *in eam conditionem redigitur ut libertatem adipiscatur* (1).

II. Quant au pouvoir du maître sur la personne de l'esclave, à l'origine il était illimité, et Gaius dit encore que le maître a le droit de vie et de mort (2). Horace parle d'esclaves mis en croix par leur maître pour simple fait de gourmandise, et, s'il accuse le maître de folie, du moins ne l'accuse-t-il pas d'avoir excédé la limite de son droit (3). Suivant Pline le Naturaliste, un chevalier romain, ami d'Auguste, prenait plaisir à faire dévorer des esclaves par ses murènes (4). Il était réservé au christianisme de mettre fin à des horreurs de ce genre. Du reste, il est vrai de dire que des empereurs païens apportèrent des adoucissements notables à la condition des esclaves. Nous savons déjà qu'un Édit de l'empereur Claude décidait que l'esclave abandonné par son maître *ob gravem infirmitatem* deviendrait par là même libre et latin (5). Le jurisconsulte Marcien décide, conformément à un rescrit des empereurs Lucius Verus et Marc-Aurèle, que le maître ne peut pas, même en cas de crime commis par l'esclave, le vendre avec la clause *ut cum bestiis pugnaret* (6) : en cas de contravention à cette défense, une peine serait infligée au vendeur et à l'acheteur (7). Plus anciennement, peut-être sous Auguste, une loi Petronia (confirmée et développée par plusieurs sénatusconsultes) avait retiré au maître le droit de condamner de sa propre autorité son esclave *ad bestias*

(1) Voy. Ulpien, L. 4 *De manum.* (40, 1). Voy. aussi Marcien et Alfenus Varus, LL. 5 et 6 *eod. tit.*

(2) Justinien reproduit la phrase de Gaius (§ 1 *De his qui sui vel al. jur.*); mais il emploie l'imparfait là où Gaius employait le présent.

(3) *Si quis eum servum, patinam qui tollere jussus,*
Semesos pisces tepidumque ligurierit jus,
In cruce suffigat, Labeone insanior inter
Sanos dicatur... (Satires, Liv. I, Sat. 3).

(4) *Invenit in hoc animali documenta sævitiæ Vedius Pollio, eques romanus, ex amicis divi Augusti, vivariis earum immergens damnata mancipia, non tamquam ad hoc feris terrarum non sufficientibus, sed quia in alio genere totum pariter hominem distrahi, spectari non poterat* (Liv. IX, ch. 39).

(5) Voy. Modestin, L. 2, D., *Qui sine manum.* (40, 8); et Justinien, L. un. § 3, C., *De latinâ libert. toll.* (7, 6).

(6) L. 42, D., *De contr. empt.* (18, 1).

(7) L. 11 § 1, D., *Ad leg. Corneliam de sicariis* (48, 8).

depugnandas (1). Le jurisconsulte Ulpien rapporte qu'une dame romaine fut condamnée à la rélégation pour cinq ans, par l'empereur Adrien, *quòd ex levissimis causis ancillas atrocissimè tractâsset* (2); et, d'après le témoignage de Spartien, le même empereur aurait défendu qu'un esclave pût jamais être mis à mort autrement qu'en vertu d'une sentence du magistrat.

Dans l'histoire des adoucissements successivement apportés à la condition des esclaves, deux Constitutions de l'empereur Antonin le Pieux méritent une mention particulière. Ces deux Constitutions nous sont connues soit par les Institutes de Gaius (Comment. I, § 53), soit par un fragment d'Ulpien (3), soit enfin par les Institutes de Justinien (§ 2 *De his qui sui vel al. jur.*). *Hoc tempore*, dit Gaius, *neque civibus romanis, nec ullis aliis hominibus qui sub imperio populi romani sunt, licet suprà modum et sine causâ in servos suos sævire.* « En effet, continue-t-il, une première Constitution de l'empereur Antonin décide que celui qui, sans motif, donne la mort à son esclave est tenu comme celui qui la donne à l'esclave d'autrui; et une deuxième Constitution du même prince réprime les mauvais traitements, la rigueur excessive du maître. »

Quelques mots seulement sur chacune de ces deux Constitutions.

D'après la première, le meurtre que le maître commet *sine causâ* sur la personne de son esclave doit être puni de la même peine que le meurtre commis par un tiers sur la personne de l'esclave appartenant à autrui. Cela veut dire, en d'autres termes, que la loi Cornelia *de sicariis* (4), qui punit le meurtre d'un homme libre ou d'un esclave appartenant à autrui (5), sera désormais applicable même au maître coupable de meurtre sur la personne de son propre

(1) L. 11 § 2, D., *Ad leg. Cornel. de sic.*

(2) L. 2 *in fine*, D., *De his qui sui vel al. jur.* (1, 6).

(3) L. 2 *cit. De his qui sui vel al. jur.*

(4) Rendue sous la dictature de Sylla, l'an 672 ou 673 de la fondation de Rome.

(5) *Qui hominem occiderit, punitur, non habitâ differentiâ cujus conditionis hominem interemit.* Marcien, L. 1 § 2 *Ad leg. Cornel. de sic.* (48, 8). — Ulpien s'exprime en termes encore plus formels, L. 23 § 9 *Ad leg. Aquil.* (9, 2), lorsqu'il dit : *Si dolo servus occisus sit, et lege Corneliâ agere dominum posse constat.*

esclave (1). — Constantin a renouvelé la règle posée dans cette première Constitution d'Antonin le Pieux. On ne peut lire sans horreur l'énumération qu'il donne des différents genres de supplices auxquels des maîtres inhumains soumettaient leurs esclaves : *Si virgis aut loris dominus servum afflixerit, aut custodiæ causâ in vincula conjecerit : dierum distinctione sive interpretatione depulsâ, nullum criminis metum servo mortuo sustineat. Nec verò immoderatè suo jure utatur ; sed tunc reus homicidii sit, si voluntate eum ictu fustis aut lapidis cæciderit, vel certè telo usus lethale vulnus inflixerit, aut suspendi laqueo præceperit, vel jussione tetrâ præcipitandum esse mandaverit, aut veneni virus infuderit, vel dilaniaverit pœnis publicis corpus, ferarum unguibus latera persecando, vel exurendo oblatis ignibus membra, aut tabescentes artus atro sanguine permixtâ sanie defluentes, prope in ipsis adegerit cruciatibus vitam relinquere sævitia immanium Barbarorum* (2).

Quant à la deuxième Constitution d'Antonin le Pieux, elle réprime la *major asperitas dominorum*. Le texte même nous en a été conservé par Justinien, soit au Digeste, soit aux Institutes. Des esclaves maltraités outre mesure par leurs maîtres s'étaient réfugiés *ad fana Deorum vel ad statuas Principum*. Des présidents de province recourent alors à l'empereur pour savoir de lui ce qu'en pareil cas il convient de faire. Antonin le Pieux, dans un rescrit qu'il adresse à Ælius Marcianus, proconsul de Bétique, commence par poser en principe qu'il ne faut pas porter atteinte à la puissance dominicale, qu'il ne faut dépouiller personne de son droit ; mais il ajoute qu'il est de l'intérêt des maîtres eux-mêmes qu'on ne refuse pas assistance à ceux qui ont juste raison de se plaindre *contrà sævitiam vel famem vel intolerabilem injuriam*. En conséquence, le proconsul devra connaître des réclamations des esclaves, et, s'il lui est démontré que leur maître les traite avec une dureté excessive, il ordonnera qu'ils soient vendus de manière à ne jamais retomber

(1) Quelle est la peine prononcée par la loi Cornelia? La déportation, avec confiscation de tous les biens : *Legis Corneliæ de sicariis et veneficiis pœna, insulæ deportatio est et omnium bonorum ademptio. Sed solent hodiè capite puniri*, ajoute Marcien, *nisi honestiore loco positi fuerint, ut pœnam Legis sustineant*... (L. 3 § 5 *Ad leg. Cornel. de sic.*).

(2) L. un., C., *De emendat. serv.* (9, 14).

sous la puissance du même maître. Antonin le Pieux termine en disant que le maître qui chercherait à éluder la Constitution dont il s'agit (*Constitutioni fraudem facere*, probablement au moyen de conventions faites avec l'acheteur), encourrait une pénalité sévère. — Il va de soi que cette deuxième Constitution, pas plus que la précédente, ne s'applique au cas où la conduite du maître est justifiée par les vices ou par les délits de l'esclave : ni Antonin le Pieux, ni même Constantin, n'ont eu l'idée d'enlever au maître le droit de correction, la *castigatio*, qui s'exerce dans de justes limites.

Justinien veut que la vente imposée au maître, reconnu coupable d'avoir abusé de la *potestas*, soit faite à de bonnes conditions, *bonis conditionibus*. Ainsi, d'une part, il faudra tâcher que le maître obtienne un prix raisonnable, que la vente ne se fasse pas à vil prix, et, d'autre part, le maître ne pourrait pas insérer dans la vente des clauses trop dures pour l'esclave, comme par exemple la clause *ne manumittatur*.

Antonin le Pieux dit qu'il est de l'intérêt des maîtres eux-mêmes qu'on ne leur permette pas de se montrer cruels envers leurs esclaves. Et Justinien constate qu'il y a là un intérêt public : *expedit reipublicæ ne quis suâ re malè utatur*. Sans doute cela signifie d'abord qu'il ne faut pas pousser les esclaves à la révolte en les exaspérant par des injustices, par de mauvais traitements; les maîtres en seraient les premières victimes, et la sûreté même de l'État pourrait se trouver compromise. D'ailleurs, l'État est toujours intéressé à ce que le propriétaire use convenablement de sa chose : les services que rend la chose sont alors d'autant plus grands, et ces services profitent, non-seulement au propriétaire, mais à la société tout entière. Telle paraît être l'idée de Gaius lorsque, après avoir indiqué les justes tempéraments apportés par Antonin le Pieux à la *dominica potestas,* il ajoute : « Ces règles ont été posées à bon droit, car nous ne devons pas abuser de ce qui nous appartient, et c'est par la même raison qu'on interdit aux prodigues l'administration de leurs biens. »

— Nous savons déjà qu'il peut se faire qu'une personne ait sur un esclave le *dominium ex jure Quiritium* et qu'une autre personne ait ce même esclave *in bonis* (1). En cas pareil, laquelle de

(1) Voy., ci-dessus, p. 192.

ces deux personnes sera investie de la *dominica potestas?* Comme l'exprime très-bien Gaius (Comment. I, § 54), ce sera la dernière: *Cùm apud cives romanos duplex sit dominium, nàm vel in bonis vel ex jure Quiritium vel ex utroque jure cujusque servus esse intelligitur, ità demùm servum in potestate domini esse dicemus si in bonis ejus sit, etiamsi simul ex jure Quiritium ejusdem non sit: nàm qui nudum jus Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intelligitur.*

Justinien, dans ses Institutes (§ 5 *De jure person.*), dit qu'il n'y a point de distinction à faire parmi les esclaves, que la condition de tous est la même : *in servorum conditione nulla est differentia.* Mais, comme je l'ai déjà indiqué (1), cela n'est pas d'une exactitude parfaite. Des règles particulières s'appliquent au *servus sine domino*, au *servus publicus populi romani*, enfin aux *coloni* ou esclaves ruraux :

1° Il peut se faire qu'un individu soit esclave et que cependant il n'appartienne à personne. Tel est notamment le cas du *servus pœnæ*, de celui qui devient esclave à la suite de certaines condamnations (2). En général, un esclave emprunte la capacité de son maitre pour acquérir : ainsi il peut stipuler *ex personâ domini*, il peut être institué héritier par un homme avec qui son maitre a *factio testamenti*. On comprend que, l'esclave étant incapable par lui-même, si de plus il n'a pas un maitre dont il puisse emprunter la capacité, la stipulation qu'il voudrait faire ou la disposition testamentaire qui lui serait adressée doit être frappée de nullité. C'est aussi ce que décident plusieurs textes. *Quod servus stipulatus est*, dit Javolenus, *quem dominus pro derelicto habebat, nullius est momenti* (3). De même, Marcien : *sunt quidam servi pœnæ, ut sunt in metallum dati et in opus metalli; et si quid eis testamento datum fuerit, pro non scriptis est: quasi non Cæsaris servo datum, sed pœnæ* (4).

2° L'Etat peut être propriétaire : il peut avoir des esclaves. Plusieurs textes mentionnent effectivement des *servi publici populi ro-*

(1) Ci-dessus, p. 156.
(2) Voy., ci-dessus, p. 155.
(3) L. 36, D., *De stipul. serv.* (45, 3).
(4) L. 17 pr., D., *De pœnis* (48, 19).

mani. Sans doute c'étaient principalement des prisonniers faits à la guerre; de plus, en vertu de la loi Ælia Sentia, si un affranchi déditice avait séjourné à Rome ou dans les cent premiers milles autour de Rome, il était vendu comme esclave, et, en cas de nouvel affranchissement, il devenait *servus populi romani* (1). Il parait que les esclaves dont il s'agit étaient habituellement attachés au service des magistrats. Tite-Live (XLIII, 16) nous représente les censeurs Claudius et Tib. Gracchus, après qu'ils eurent été cités à comparaître devant les comices, montant *in atrium Libertatis*, arrêtant les registres et congédiant les esclaves publics. Aulu-Gelle (*Nuits att.*, XIII, 13) rapporte un passage de Varron où il est dit que les Ediles curules sont entourés d'esclaves publics, *stipati servis publicis*. Enfin dans la *table d'Héraclée* on voit que le censeur assigne aux esclaves publics *quædam loca* pour leur habitation et pour leur usage. Ce qui est particulièrement remarquable, c'est que le *servus publicus populi romani* pouvait être propriétaire : en effet, d'après le témoignage d'Ulpien, il lui était permis de disposer par testament de la moitié de ses biens : *Servus publicus populi romani partis dimidiæ testamenti faciendi habet jus* (2).

3° Il reste à parler de certaines personnes dont la condition est intermédiaire entre celle des hommes libres et celle des esclaves. Ces personnes sont désignées par les dénominations suivantes : *Coloni*, *Rustici*, *Originarii*, *Adscriptitii*, *Inquilini*, *Tributarii*, *Censiti*. Ces personnes étaient établies sur les domaines des grands propriétaires, à peu près comme des fermiers; mais, d'une part, elles ne pouvaient pas quitter le fonds, et, d'autre part, le propriétaire ne pouvait ni les en détacher ni augmenter la redevance *quam accipere consueverat* (3).

A partir de Dioclétien, l'institution du colonat nous apparait comme répandue dans tout l'Empire. Quelle en est l'origine? Si nous remontons aux jurisconsultes de qui des extraits figurent au Digeste, nous voyons d'abord que Scévola distingue, parmi les

(1) Gaius, Comment. I, § 27.

(2) *Fragm. d'Ulpien*, XX, 16.

(3) *Licet conditione videantur ingenui, servi tamen terræ ipsius cui nati sunt existimentur.* Ce sont les expressions dont se servent les empereurs Théodose et Valentinien, L. 1, C., *De colonis Thracens.* (11, 51). Voy. aussi Constantin, L. 1, C., *In quib. caus. coloni censiti dominos accusare possint* (11, 49).

esclaves employés à l'agriculture, celui qui cultive *fide dominicâ* (c'est l'esclave ordinaire) et celui qui cultive au contraire *mercede, ut extranei coloni* (à charge de payer un certain fermage): évidemment ce dernier esclave est dans une condition à part (1). De plus, le jurisconsulte Marcien mentionne expressément les *inquilini* attachés aux fonds de terre : *Si quis inquilinos sine prædiis, quibus adhærent, legaverit, inutile est legatum* (2). De même, l'empereur Alexandre distingue l'*ancilla* (esclave ordinaire) et l'*adscriptitia : Si, invito vel ignorante te, partus ancillæ vel adscriptitiæ tuæ expositus sit, repetere eum non prohiberis* (3). Évidemment les premières règles sur le colonat ont été établies pour empêcher les dispositions arbitraires des grands propriétaires fonciers, dans l'intérêt de l'agriculture, et, par suite, dans l'intérêt du Trésor public ; mais l'institution du colonat reçut tout son développement lorsque les empereurs prirent l'habitude de répartir, à titre de colons, entre les grands propriétaires les barbares faits prisonniers (4). La définition suivante, donnée, au commencement du VII[e] siècle, par Isidore de Séville, paraît se référer à cette idée qu'en général les colons sont des barbares attachés par leur vainqueur à la culture de tel ou tel domaine : *Coloni sunt cultores advenæ, dicti a culturâ agri : sunt enim aliundè venientes, atque alienum agrum locatum tenentes, ac debentes conditionem genitali solo, propter agriculturam, sub dominio possessoris, pro eo quod locatus est fundus.* C'est effectivement aujourd'hui l'opinion dominante que l'extension du colonat, à partir de Dioclétien et de Constantin, est due à l'habitude d'attacher à la culture de la terre les populations vaincues.

(1) L. 20 § 1 *De instructo vel instr. leg.* (33, 7).

(2) L. 112 pr., D., *De leg.* 1°.

(3) L. 1, C., *De infantibus expositis* (8, 52).

(4) Voici ce que nous lisons dans une Constitution rendue, en 409, par les empereurs Honorius et Théodose : *Scyras, barbaram nationem, maximis Hunnorum, quibus se conjunxerunt, copiis fusis, imperio nostro subegimus. Ideoque damus omnibus copiam, ex prædictâ gente hominum agros proprios frequentandi, ità ut omnes sciant susceptos non alio jure quàm colonatûs apud se futuros, nullique licere ex hoc genere colonorum ab eo cui semel attributi fuerint, vel fraude aliquem abducere, vel fugientem suscipere... Nullique liceat, velut donatos eos a jure censûs in servitutem trahere urbanisve obsequiis addicere...* L. 3, C. Th., *De bonis militum* (5, 4).

Voyons maintenant d'un peu plus près quelles règles étaient appliquées aux colons.

Les colons, étant libres, pouvaient contracter un véritable mariage (1). Cependant, sous beaucoup de rapports, leur condition ressemble à celle des esclaves. Ainsi le propriétaire du fonds a sur eux la *potestas* (2); il a même le droit de correction (3). En principe, ils ne peuvent pas le citer en justice (4). Les colons fugitifs sont poursuivis comme les esclaves (5); le colon eût-il été vendu sans le fonds par le propriétaire lui-même, celui-ci pourrait encore le revendiquer (6). Le colon reste propriétaire de ce qu'il acquiert et de ce qu'il économise; mais il ne peut pas plus en disposer que du fonds auquel il est attaché : *sæpissimè decretum est*, disent les empereurs Arcadius et Honorius, *ne quid de peculio suo cuiquam colonorum, ignorante domino prædii, aut vendere aut alio modo alienare liceret* (7).

L'enfant qui naît de deux personnes *adscriptitiæ conditionis* attachées toutes deux au même fonds suit naturellement la condition de ses père et mère. Pour le cas où le père et la mère ne sont pas attachés au même fonds, des règles différentes ont été posées aux différentes époques en ce qui concerne la condition de l'enfant; dans le dernier état du droit de Justinien, on partage les enfants entre les deux fonds (8). L'enfant né de deux personnes dont l'une *adscriptitiæ conditionis* et l'autre esclave suit toujours la condition de sa mère (9). Il en est de même pour l'enfant dont le père est libre et la mère *adscriptitiæ conditionis* (10). Quant aux enfants nés *ex patre adscriptitio et matre liberâ*, Justinien décide qu'ils sont

(1) Novelles de Valentinien III, Tit. XXX, L. 1 §§ 2 et 3.

(2) *Quæ differentia*, dit Justinien, *inter servos et adscriptitios intelligatur, cùm uterque in domini sui positus sit potestate, et possit servum cum peculio manumittere, et adscriptitium cum terrâ dominio suo expellere?* L. 21 *in fine*, C., *De agric.* (11, 47).

(3) *Jus moderatâ corrigendi castigatione:* L. 24, C., *eod. Tit.*

(4) L. 2, C., *In quib. caus. coloni* (11, 49).

(5) Voy. notamment la L. 6 et la L. 12, C., *De agric.*

(6) L. 7, C., *eod. Tit.*

(7) L. 2, C., *In quib. caus. coloni* (11, 49).

(8) Voy. la Novelle 162, chap. 3.

(9) Justinien, L. 21, C., *De agric.*

(10) *Eâd.* L. 21.

libres, que ce qu'ils peuvent acquérir n'est pas un pécule, mais que cependant ils ne peuvent pas quitter le domaine sur lequel ils sont nés (1).

La qualité de colon peut s'acquérir par la prescription de trente ans. Mais ceux qui deviennent colons de cette manière, ainsi que leurs descendants, conservent la libre disposition de leurs biens. Cela résulte d'une Constitution d'Anastase: *Agricolarum alii quidem sunt adscriptitii, et eorum peculia dominis competunt; alii verò tempore annorum triginta coloni fiunt, liberi manentes cum rebus suis, et ii etiam coguntur terram colere et canonem præstare. Hoç et domino et agricolis utilius est* (2).

D'après une Constitution de Valentinien III, de l'an 451, une personne libre peut volontairement entrer dans la *conditio adscriptitia* en épousant une personne de cette condition et en déclarant sa volonté *gestis municipalibus* (3).

Avant Justinien, on pouvait, au moyen de la prescription, s'affranchir de la qualité de colon. Mais, sous Justinien, cette prescription est supprimée, *nullâ liberatione colono penitùs competente* (4). — D'après la Novelle 123 (chap. 4 et 17), les *adscriptitii* peuvent *clerici fieri, etiam præter voluntatem dominorum;* mais ils ne sont affranchis de leur qualité d'*adscriptitii* que quand ils parviennent à l'épiscopat (5).

SECONDE CLASSE DE PERSONNES *ALIENI JURIS*: LES FILS DE FAMILLE.

A propos des fils de famille, nous examinerons trois questions principales, savoir :

1° En quoi consiste la puissance paternelle ;

2° Dans quels cas elle existe ;

3° Comment elle finit.

(1) Novelle 162, chap. 2.

(2) L. 18, C., *De agric.* (11, 47). Cette Constitution d'Anastase a été complétée par Justinien, L. 23 § 1 *eod. Tit.*

(3) Novelles de Valentinien, Tit. XXX, L. 1 §§ 5 et 6.

(4) L. 23 pr., C., *De agric.*

(5) Sur la matière du colonat, voy. surtout M. de Savigny, *Vermischte Schriften*, t. II, p. 1 à 66. Voy. aussi les trois articles publiés par M. Ch. Revillout, *Revue histor.*, t. II et III.

I. EN QUOI CONSISTE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Il faut remarquer avant tout que la puissance paternelle ne produit ses effets que dans le domaine du droit privé : en ce qui concerne le droit public, il n'y a pas d'intérêt à savoir si tel citoyen est *paterfamiliâs* ou s'il est au contraire *filiusfamiliâs*. Comme le dit le jurisconsulte Pomponius, *filiusfamiliâs in publicis causis loco patrisfamiliâs habetur, veluti si magistratum gerat vel tutor detur* (1). Et le fils de famille que les suffrages du peuple ont appelé à une haute magistrature a droit, même de la part de son père, à des honneurs publics (2).

La puissance paternelle, comme la puissance dominicale, s'étend sur la personne et sur les biens. A l'origine elle était absolue; et, suivant Denys d'Halicarnasse, c'est Romulus qui lui avait donné ce caractère. Ce qui est certain, c'est que dans la loi des douze Tables elle apparaît avec cette étendue illimitée. — La puissance paternelle se rattache-t-elle à l'idée de propriété ou bien au contraire à l'idée d'une magistrature domestique? C'est une question sur laquelle on discute encore aujourd'hui (3). Je la trouve tout à fait oiseuse.

Considérée d'abord par rapport à la personne du fils, la *patria potestas* comprend originairement le droit de le tuer, le droit de le vendre, le droit de l'abandonner à la personne envers laquelle il a commis un délit.

(1) L. 9, D., *De his qui sui vel al. juris sunt* (1, 6). — Les fils de famille votaient certainement dans les comices par centuries : voy., ci-dessus, p. 36, note 1.

(2) Voy. Aulu-Gelle, *Nuits att.*, II, 2. A la fin de ce Chapitre, Aulu-Gelle rapporte l'anecdote suivante, qu'il emprunte à un ancien historien : *Deindè facti consules Sempr. Gracchus iterùm, Fabius Maximus, filius ejus qui priore anno erat consul. Ei consuli pater proconsul obviam in equo vehens venit, neque descendere voluit, quòd pater erat; et, quòd inter eos sciebant maximâ concordiâ convenire, lictores non ausi sunt descendere jubere. Ubi juxtà venit, tùm consul ait : « Descendere jube. » Quod posteaquam lictor ille, qui apparebat, citò intellexit, Maximum proconsulem descendere jussit. Fabius imperio paret; et filium collaudavit cùm imperium, quod populi esset, retineret.*

(3) Voy. notamment M. Walter, t. II, § 502.

1° Le père a le droit de tuer l'enfant soumis à sa puissance. D'après le témoignage de Papinien, une *lex regia* avait donné au père le droit de vie et de mort sur son fils (1), et l'histoire raconte que plusieurs fois il fut fait usage de ce droit monstrueux. Sous l'Empire, des mesures furent prises pour que le père n'abusât pas de la puissance qui lui avait été anciennement accordée. Ainsi Papinien rapporte que l'empereur Trajan exigea d'un père qu'il émancipât son fils *quem malè, contra pietatem, adficiebat;* et, ce fils étant venu à mourir quelque temps après, le père, conformément à l'avis de Neratius Priscus et d'Ariston, fut exclu de sa succession (2). De même, l'empereur Adrien déporta dans une île un père qui avait tué son fils à la chasse, bien que le fils fût coupable d'adultère avec sa belle-mère : en effet, dit Marcien, *latronis magis quàm patris jure eum interfecit : nàm patria potestas in pietate debet, non atrocitate, consistere* (3). Enfin l'empereur Constantin décide que le père qui donne la mort à son fils doit être frappé de la même peine que le fils qui donne la mort à son père (4).

2° Le père peut vendre l'enfant soumis à sa puissance; et même, quand il s'agit d'un fils, la *patria potestas* n'est épuisée qu'après la troisième vente. Telle était la disposition de la loi des douze Tables (5). Sans doute ce droit ne fut réellement exercé que contre les enfants rebelles, ou bien encore en cas de nécessité, quand le père ne pouvait plus subvenir aux besoins de sa famille (6). Une Constitution d'Antonin Caracalla proclame que le père qui vend ses fils ingénus commet une action illicite et déshonnête (7). Les

(1) *Collatio leg. mosaïc.*, Tit. IV, chap. VIII. Voy. aussi Constantin, L. 10, C., *De patriâ potest.* (8, 47). Comp. la formule de l'adrogation (Aulu-Gelle, *Nuits att.*, V, 19).

(2) L. 5, D., *Si a parente quis manumissus sit* (37, 12).

(3) L. 5, D., *De lege Pompeiâ de parric.* (48, 9).

(4) L. un., C., *De his qui par. vel lib. occid.* (9, 17). La Constitution indique en quoi consiste cette peine.

(5) Voy. Gaïus, Comment. I, § 132, et Comment. IV, § 79; *Fragm. d'Ulpien*, X, § 1. Comp. Cicéron, *Pro Cæcinâ*, 34; *De orat.*, I, 40.

(6) Paul (*Sentences*, V, I, § 1) parle de pères qui vendent leurs fils *contemplatione extremæ necessitatis aut alimentorum gratiâ.* Il ajoute qu'ils ne peuvent pas les donner en gage, et qu'en cas de contravention le créancier de mauvaise foi serait déporté.

(7) L. 1, C., *De liberali causâ* (7, 16).

empereurs Dioclétien et Maximien constatent qu'un père ne peut conférer de droit sur ses enfants, même à un tiers de bonne foi, ni à titre de vente, ni à titre de donation, ni à titre de gage (1). Cependant il résulte d'une Constitution de Constantin qu'il est permis au père de vendre ses enfants nouveau-nés (*sanguinolentos*) : c'était un moyen de rendre plus rare l'exposition des enfants; et, du reste, le père peut toujours reprendre les enfants ainsi vendus, en désintéressant l'acheteur (2). Il paraît que la misère, plus forte que la loi, força encore assez souvent les pères à vendre leurs enfants : une Constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius décide que les enfants ainsi réduits en servitude recouvreront leur qualité première d'ingénus, sans même qu'une indemnité puisse être réclamée par celui *cui non minimi temporis spatio satisfecit ingenuus* (3). Enfin Justinien dans son Code reproduit la décision de Constantin et pose en principe que le père ne peut vendre ses enfants que *propter nimiam paupertatem egestatemque, victûs causâ*, et qu'autant qu'ils sont encore *sanguinolenti;* il ajoute que toute personne peut *repetere ad ingenuitatem propriam* l'enfant qui a été vendu, mais à la condition de désintéresser l'acheteur (4).

3° J'ai dit que, lorsqu'un fils de famille avait commis un délit à l'encontre d'un tiers, le père, pour échapper à la nécessité de payer la peine pécuniaire, pouvait abandonner le délinquant au tiers victime du délit; c'est ce qu'on appelle l'*abandon noxal* (5). Plus tard nous étudierons cette matière en détail, et nous verrons que, dans le droit de Justinien, l'abandon noxal n'est plus possible relativement aux fils de famille (6).

En ce qui concerne les biens, le fils de famille, à l'origine, était

(1) L. 1, C., *De patr. qui filios suos distrax.* (4, 43).

(2) L. un., C. Th., *De his qui sanguinolentos emptos vel nutriendos accep.* (5, 8). Comp. les *Fragm. Vatic.*, § 34.

(3) L. un., C. Th., *De patr. qui filios distrax.* (3, 3).

(4) L. 2, C., *De patr. qui filios suos distrax.* (4, 43). Cette Constitution figure, dans la compilation justinienne, sous le nom de Constantin; mais les compilateurs ont complétement modifié la rédaction primitive.

(5) Voy. Gaius, Comment. IV, §§ 75 et 79.

(6) Inst., § 7 *De noxal. act.* (IV, 8).

traité comme l'esclave. Il était bien, en général, capable d'acquérir par les modes accessibles au citoyen romain *sui juris;* mais l'acquisition profitait à son père, et non à lui, et le pécule qu'il pouvait avoir était toujours à la disposition du père. Nous verrons que, dès la fin de la République, cet état de choses a été modifié, et que le fils de famille a été reconnu capable d'être propriétaire et créancier, d'avoir un véritable patrimoine (1).

La puissance paternelle, qui, sous tant de rapports, ressemble à la puissance dominicale, en diffère notamment en ce qu'elle est du droit civil et non du droit des gens. *Quod jus,* dit Gaius (Comment. I, § 55), *proprium civium romanorum est : ferè enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus; idque divus Hadrianus edicto, quod proposuit de his qui sibi liberisque suis ab eo civitatem romanam petebant, significavit. Nec me prœterit Galatarum gentem credere in potestate parentûm liberos esse* (2). Ce serait évidemment commettre une erreur grossière que de rattacher à l'Édit d'Adrien, dont parle Gaius, le principe que la puissance paternelle est de droit civil. Ce principe est aussi ancien que le droit romain lui-même. Seulement, l'empereur Adrien en a fait une application particulière, et dès lors les jurisconsultes ont pu, laissant de côté l'ancien droit, se borner à invoquer, comme preuve de l'existence du principe en question, l'Édit impérial.

Quelle était précisément la disposition de cet Édit d'Adrien? Gaius nous l'indique dans un autre paragraphe de son Commentaire Ier (§ 93). Il s'agissait de savoir si, lorsqu'un *peregrinus* obtient le *jus civitatis* avec ses fils, par là même il acquiert sur eux la puissance paternelle. L'Édit décide qu'il ne l'obtient qu'autant que l'empereur l'a déclaré expressément; que l'empereur ne fait une déclaration de ce genre qu'après avoir reconnu que tel est l'intérêt des enfants; enfin qu'il examine surtout l'affaire avec grand soin quand les enfants sont impubères ou absents. Il suit de là que le *peregrinus*, avant d'obtenir le *jus civitatis*, n'a jamais la

(1) Inst., pr. *Quib non est perm. facere testam.* (II, 12); §§ 1 et 2 *Per qua pers. nob. adquir.* (II, 9).
(2) Comp. Inst., § 2 *De patriâ potest.* (I, 9).

patria potestas sur ses enfants. On peut donc dire avec raison qu'il ressort de l'Édit d'Adrien que la puissance paternelle est du droit civil et non du droit des gens. — Gaius ajoute (§ 94) que, même au cas où le droit de cité serait accordé à un *peregrinus* et à sa femme enceinte, l'enfant, bien que naissant citoyen romain, ne sera cependant pas soumis à la puissance paternelle, à moins que l'Empereur n'ait déclaré le contraire. Ce deuxième cas avait été réglé par un rescrit (*subscriptione*) du même empereur Adrien. — Enfin Gaius remarque (§ 95) que la règle dont il s'agit est applicable aux *peregrini* en général, mais non aux Latins. Le droit de cité, lorsqu'il est obtenu par un Latin et par ses enfants, emporte virtuellement concession à ce Latin de la puissance paternelle (1).

II. SUR QUI EXISTE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Un citoyen romain peut avoir la puissance paternelle sur trois classes distinctes de personnes, savoir : 1° sur les enfants issus de son mariage ou du mariage de son fils ; 2° sur les enfants qu'il a légitimés ; 3° sur ceux qu'il a adoptés. Occupons-nous successivement de ces trois classes de personnes.

1° *Enfants issus du mariage.*

Les Institutes, dans le Titre *De patriâ potest.* (I, 9), expriment, à deux reprises, ce principe que les enfants conçus dans le mariage sont sous la puissance de leur père. *In potestate nostrâ sunt*, dit d'abord le *princ.*, *liberi nostri*, *quos ex justis nuptiis procreaverimus* (2). *Qui igitur ex te et uxore tuâ nascitur*, ajoute le § 3, *in tuâ potestate est.* — Nous avons supposé que le père est *sui juris*. Si lui-même est *filiusfamiliâs*, les enfants issus de son mariage seront, non pas sous sa puissance, mais sous celle de son père. *Item*, continue le § 3, *qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id est nepos tuus et neptis*, *æquè in tuâ sunt potestate*, *et pronepos et proneptis*, *et*

(1) Comp., ci-dessus, p. 160 et suiv.
(2) C'est ce que disait déjà Gaius, au commencement de son § 55.

deinceps cæteri. Qui tamen ex filiâ tuâ nascitur, in tuâ potestate non est, sed in patris ejus.

En résumé, l'enfant conçu dans le mariage peut se trouver, au moment où il vient au monde, sous la puissance paternelle de son père ou sous la puissance paternelle du père de son père. Jamais il ne se trouvera sous la puissance de sa mère (1) ni d'aucun autre ascendant maternel. En conséquence, la puissance paternelle étant la base de la famille civile, l'enfant conçu dans le mariage est toujours dans la famille de son père, jamais dans la famille de sa mère. C'est précisément ce que dit Gaius dans son Commentaire sur l'Édit provincial : *Feminarum liberos in familiâ earum non esse palàm est : quia qui nascuntur, patris, non matris, familiam sequuntur* (2). En d'autres termes, l'enfant issu du mariage est l'agnat des agnats de son père, tandis qu'il ne peut être que le cognat des agnats de sa mère. — Ainsi s'explique encore cette petite phrase d'Ulpien : *Mulier, familiæ suæ et caput et finis est* (3). Supposez une femme conçue hors mariage; son père fût-il parfaitement connu, elle n'est pas sous sa puissance, elle n'est pas dans sa famille, et elle n'est pas davantage dans la famille de sa mère. Donc on peut dire qu'elle est la première de sa famille, *caput familiæ suæ* (4). D'un autre côté, lors même qu'elle se marierait et qu'elle aurait des enfants de son mariage, ils ne seraient pas de sa famille, sa famille ne se continuerait pas en eux. Donc sa famille, qui a commencé avec elle, finira aussi avec elle.

— La première cause qui produit la puissance paternelle, c'est le mariage. Traitant de la puissance paternelle, nous avons donc à nous demander dans quel cas, à quelles conditions, il y a mariage.

Dans la compilation justinienne nous trouvons deux définitions du mariage. La première, empruntée au jurisconsulte Modestin, est ainsi conçue : *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, et consor-*

(1) Les femmes peuvent bien avoir la puissance dominicale, mais non la puissance paternelle.

(2) L. 196 § 1, D., *De verb. signif.*

(3) L. 195 § 5 *eod. Tit.*

(4) Ou bien encore, comme le dit ailleurs le même Ulpien (*Fragm.*, IV, § 1), *princeps familiæ suæ.*

Si le *concubitus* n'est pas nécessaire pour qu'il y ait mariage, cependant, je le répète, on aurait tort d'en conclure que chez les Romains le mariage pût se former *solo consensu.* C'est ce que je veux maintenant essayer de démontrer. Je puis présenter, à cet égard, plusieurs arguments :

1° Lorsqu'un homme qui a son domicile à Rome, et qui s'y trouve actuellement, et une femme qui pour le moment est absente de Rome, veulent se marier ensemble, le mariage, malgré leur volonté, ne pourra commencer d'exister tant que la femme ne sera pas de retour à Rome. Dans le cas inverse, au contraire, lorsque c'est l'homme domicilié à Rome qui pour le moment en est éloigné, tandis que la femme s'y trouve, le mariage peut très-bien commencer avant le retour du mari, si, par exemple, la femme vient s'établir chez lui. Cette double règle est exprimée par le jurisconsulte Paul en termes très-concis, lorsqu'il dit : *Vir absens uxorem ducere potest; femina absens nubere non potest* (1). Évidemment la distinction dont il s'agit serait tout à fait inexplicable si le principe était que le mariage peut se former *solo consensu :* car le consentement des deux parties peut s'exprimer, *per epistolam* ou *per nuncium*, aussi bien quand c'est la femme qui est absente que quand c'est l'homme. Du reste, Pomponius explique très-bien le motif de la distinction : *Mulierem absenti*, dit-il, *per literas ejus vel per nuncium posse nubere placet, si in domum ejus deduceretur; eam verò quæ abesset, ex literis vel nuncio duci a marito non posse : deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii* (2). A la suite de ce fragment de Pomponius, les rédacteurs du Digeste ont ajouté immédiatement un fragment d'Ulpien, sur le sens duquel on pourrait se méprendre : *Denique Cinna scribit*, dit Ulpien, *eum qui absentem accepit uxorem, deindè rediens a cœnâ juxtà Tiberim perisset, ab uxore lugendum, responsum est.* Dans l'espèce rapportée par Cinna, la femme est bien absente par rapport au mari, mais elle est présente à Rome, présente par rapport au domicile du mari; c'est, au contraire, le mari qui s'était absenté

ce que dit Paul : « Une femme peut avoir une dot, ce qui suppose bien qu'elle est mariée, et cependant être encore vierge » (L. 7, D., *De ritu nupt.*).

(1) *Sentences*, II, XIX, § 8.

(2) L. 5, D., *De ritu nupt.* (23, 2).

de Rome, et le texte décide, conformément à ce que nous savons déjà, que le mariage a pu commencer même avant son retour.

2° Personne ne soutient qu'il puisse y avoir concubinat (*concubinatus*) entre un homme et une femme *solo consensu*, par le seul effet de leur volonté. Si donc le mariage pouvait se former *solo consensu*, ce serait là une différence notable entre le mariage et le concubinat, et les jurisconsultes romains n'auraient pas manqué de la signaler. Or, au lieu de cela, voici ce qu'ils disent : *concubina ab uxore solo dilectu separatur* (1); — *concubinam ex solâ animi destinatione æstimari oportet* (2). Ainsi, pour savoir si telle femme est *concubina* ou *uxor*, une seule chose est à considérer, l'intention; du reste, le concubinat suppose autre chose que le simple consentement : donc le mariage aussi suppose autre chose que le simple consentement.

3° Lorsqu'un citoyen romain et sa femme ont été faits prisonniers par l'ennemi, s'ils sont restés en captivité près l'un de l'autre, de manière que la cohabitation ait été possible, et si ensuite ils sont tous deux revenus à Rome, alors, par l'effet du *postliminium*, leur mariage est considéré comme n'ayant jamais été dissous (3). Au contraire, supposons que le mari seul a été fait prisonnier par l'ennemi, que la femme est restée à Rome : que décider lorsqu'au bout d'un certain temps le mari recouvre la liberté ? *Dirimitur matrimonium captivitate*, dit Paul (4). *Non ut a patre filius*, dit ailleurs le même jurisconsulte, *itâ uxor a marito jure postliminii recuperari potest; sed tunc cùm et voluerit mulier...* (5). Enfin Tryphoninus ajoute : *Captivi uxor, tametsi maximè velit et in domo ejus sit, non tamen in matrimonio est* (6). Nous voyons donc que le mariage est dissous dès que le mari a été fait prisonnier par l'ennemi; que cette dissolution n'est point empêchée par la circonstance que la femme veut rester mariée et qu'elle

(1) *Sentences de Paul*, Liv. II, Tit. XX.

(2) Paul, L. 4, D., *De concubinis* (25, 7).

(3) Les empereurs Sévère et Antonin avaient rendu un rescrit en ce sens : voy. L. 25, D., *De capt. et postlim.* (49, 15).

(4) L. 1, D., *De divortiis* (24, 2).

(5) L. 8, D., *De captiv. et postlim.* (49, 15). La même décision est donnée par Pomponius, L. 14 § 1 *eod. Tit.*

(6) L. 12 § 4, D., *eod. Tit.*

continue de demeurer *in domo mariti;* enfin que, si le mari revient à Rome, cas auquel il recouvre rétroactivement *jure postliminii* tous les droits qu'il avait au moment où il a été fait prisonnier et notamment la qualité de citoyen romain, la dissolution du mariage n'est point effacée, et les anciens époux peuvent seulement se remarier l'un à l'autre. De tout cela que conclure? Que pour le maintien du mariage il ne suffit pas que les époux aient la volonté de rester mariés; qu'il faut, de plus, en fait, que la cohabitation soit possible quand le mari le désirera : dès qu'en fait le rapprochement entre les époux est empêché par la captivité de l'un d'eux, le mariage se trouve rompu (1). Si la seule volonté des parties est impuissante à faire continuer le mariage qui existe entre elles, ne sommes-nous pas fondé à dire que la seule volonté doit être impuissante à faire commencer le mariage?

4° En principe, la donation est défendue entre époux : on comprend donc qu'il peut y avoir grand intérêt, quand une donation a été faite entre deux personnes actuellement mariées ensemble, à savoir si la donation a été faite avant qu'il n'y eût mariage (cas auquel la donation serait parfaitement valable), ou si au contraire elle a été faite après qu'il y avait déjà mariage (cas auquel elle serait nulle). Or voici ce que nous dit le jurisconsulte Scévola : « Une jeune fille a été conduite à une maison de campagne, trois « jours avant le jour fixé pour le mariage qui doit s'y accomplir. « Le jour du mariage, comme elle était encore dans un pavillon « séparé, avant qu'elle n'eût passé dans l'appartement du mari et « qu'elle n'eût été reçu *aquâ et igni*, c'est-à-dire avant la célébration « des noces, le mari lui a donné dix sous d'or. Le divorce ayant « ensuite eu lieu après le mariage, on demande si la somme don- « née peut être répétée par le mari. Le jurisconsulte a répondu : « Comme, d'après l'exposé des faits, la donation se place *antè* « *nuptias*, le mari ne pourra pas retenir sur la dot la somme don- « née » (2). Il résulte de ce texte que, même après que la personne

(1) Sous ce rapport, on peut comparer le mariage à la possession : un homme qui possédait par lui-même une certaine chose étant fait prisonnier par l'ennemi, sa possession est interrompue et le *postliminium* n'effacera pas l'interruption. Voy. L. 12 § 2 *eod. Tit.*

(2) L. 66 § 1, D., *De donat. int. vir. et ux.* (24, 1).

que je dois épouser a été *deducta in domum meam*, il n'y a pas encore mariage si, conformément aux arrangements pris entre nous, elle habite pendant quelques jours un appartement séparé où je ne dois pas pénétrer : le mariage ne commencera qu'au moment où *ad me transierit*, qu'au moment où il y aura véritablement vie commune entre nous deux.

Mais ce texte de Scévola doit être rapproché d'une autre décision du même jurisconsulte, qui, au premier abord, peut sembler un peu contraire. Cette décision se trouve, au Digeste, dans le même fragment: « Seia devait épouser Sempronius un certain jour; avant « qu'elle n'eût été *deducta in domum*, avant que les conventions « relatives à la dot n'eussent été arrêtées, elle lui a donné tant de « sous d'or. Je demande si la donation est valable. — Il n'y avait « pas besoin d'indiquer si la donation a été faite avant la *deductio* « *in domum*, avant la *consignatio tabularum*: car ce sont des faits « qui, bien souvent, ne se produisent qu'après que le mariage a « déjà eu lieu. La donation n'est valable qu'autant qu'elle a été « faite avant le mariage; or le moment où commence le mariage « dépend du consentement » (1). Il serait bien extraordinaire qu'un même fragment de Scévola contînt deux décisions contraires. En réalité, le *princ.* de la L. 66 n'est en opposition ni avec le § 1 de la même loi, ni avec la doctrine que j'ai exposée jusqu'ici. Pour que le mariage commence, deux conditions sont nécessaires : 1° la volonté des deux parties, et 2° la possibilité de la vie commune. Or les deux décisions de la L. 66 ne sont que des applications de cette double idée. Ainsi, la future a bien été conduite *in domum mariti;* mais elle habite dans cette maison un appartement séparé, et la volonté des parties est que la vie commune ne commence qu'au bout d'un certain temps. C'est seulement au temps fixé que commencera le mariage, et ainsi la *deductio in domum* aura précédé de quelques jours l'existence du mariage. Réciproquement, la future n'a pas encore été *deducta in domum mariti;* mais les parties veulent que dès à présent il y ait mariage, et, de plus, la vie commune a effectivement commencé, par exemple dans une maison de la femme, où l'on s'est provisoirement installé : dès à présent il y

(1) *Eód.* L. 66, pr.

a mariage, la *deductio in domum* aura lieu postérieurement. Ainsi, la *deductio in domum mariti* est un fait qui ordinairement révèle et la volonté des parties d'être mariées et la possibilité de la cohabitation, qui par conséquent est concomitant à la formation du lien appelé *mariage;* mais il peut très-bien arriver, suivant les circonstances, que le mariage commence sans qu'il y ait eu *deductio*, ou, *vice versâ*, que le mariage ne commence qu'après un certain temps écoulé depuis la *deductio*. Scévola n'a pas voulu dire autre chose, et le *princ.* de la L. 66 ne signifie en aucune façon que le mariage se forme *solo consensu*.

Le mariage chez les Romains ne résultant pas, comme chez nous, d'un acte de célébration constaté sur des registres, on conçoit que très-souvent il y aura doute sur le point de savoir si deux personnes qui vivent ensemble comme mari et femme sont réellement mariées. En d'autres termes, il devait être assez difficile chez les Romains de prouver l'existence du mariage. Mais, en fait, la difficulté disparaissait au moyen de certaines présomptions qui avaient été admises. Ainsi, toutes les fois que la femme avec laquelle cohabite un citoyen romain est ingénue et honnête, on présume qu'il y a mariage. Dans le cas contraire, *inter impares honestate personas*, on présume qu'il y a simplement concubinat; et, pour faire tomber cette présomption, il faut, du moins avant Justinien, que des *dotalia instrumenta* aient été dressés. Mais Justinien supprime cette distinction et pose en règle générale que l'existence du mariage ne suppose jamais l'existence de *dotalia instrumenta* (1).

Maintenant que nous connaissons l'élément constitutif du mariage, nous avons à rechercher quelles sont les conditions particulières sans lesquelles il n'y a point de mariage valable.

Ces conditions, d'après Ulpien, sont au nombre de trois, savoir : 1° que l'homme soit pubère et la femme nubile; 2° que l'homme et la femme dans tous les cas, que certains parents dans différents cas que nous étudierons, consentent au mariage; 3° enfin qu'il y ait

(1) Voy. L. 23 § 7, C., *De nuptiis* (5, 4). Comp. l'*Authentique* qui suit ce texte, et, ci-dessus, p. 240 et 241.

connubium (1). Nous allons nous occuper successivement de ces trois conditions. Mais tout d'abord nous en indiquerons une autre, que le jurisconsulte Ulpien ne prend pas la peine de signaler, et sur laquelle nous n'aurons pas à insister longuement. La polygamie n'a jamais été admise chez les Romains : pour que deux personnes puissent se marier ensemble, il faut donc qu'aucune d'elles ne soit déjà engagée dans les liens du mariage. Les rédacteurs des Institutes font allusion à ce principe dans les §§ 6 et 7 du Titre *De nuptiis* (I, 10).

Reprenons maintenant en détail les trois conditions que nous venons de voir indiquées par Ulpien.

Première condition : puberté. — On nous dit, aux Institutes (pr. *De nuptiis*), que, pour pouvoir contracter mariage, l'homme doit être pubère, la femme *viripotens*. Nous pouvons remarquer dès à présent que la même qualité, ainsi exigée de ceux qui veulent contracter mariage, est également nécessaire pour pouvoir sortir de tutelle et pour pouvoir faire un testament (2).

Quand considère-t-on l'homme comme étant pubère, la femme comme étant nubile? Relativement à la femme, il paraît qu'on s'est toujours attaché simplement à l'âge : déjà anciennement on considérait la femme comme nubile lorsqu'elle avait douze ans accomplis (3). Relativement à l'homme, il paraît qu'autrefois il n'y avait pas d'âge fixe : chaque année, à la fête des *Liberalia* (17 mars), un certain nombre de jeunes gens, d'après l'indication de leur père ou de leurs agnats, prenaient la toge virile. Ils étaient dès lors considérés comme pubères, par conséquent comme capables de se marier, de tester, de faire les actes de la vie civile sans avoir besoin de l'autorisation d'un tuteur. Nous reviendrons sur ce point, et nous verrons que, dans le droit de Justinien, l'homme est considéré comme pubère à quatorze ans accomplis.

Si l'homme n'est pas pubère, ou si la femme n'est pas nubile, il ne peut pas y avoir mariage. Du reste, s'il y a vie commune et volonté d'être mariés, le mariage se trouvera exister à partir du

(1) *Fragm. d'Ulpien*, Tit. V, § 2.

(2) Inst., pr. *Quib. mod. tut. fin.* (I, 22); § 1 *Quib. non est perm. fac. testam.* (II, 12).

(3) Inst., pr. *Quib. mod. tut. fin.* (I, 22).

moment où l'homme sera devenu pubère, à partir du moment où la femme sera devenue nubile. *Minorem annis duodecim nuptam*, dit très-bien Pomponius, *tunc legitimam uxorem fore cùm apud virum explêsset duodecim annos* (1).

Deuxième condition : consentement. — Le mariage suppose essentiellement l'accord de volontés, le consentement de l'homme et de la femme qui se marient ensemble : le principe est que le mariage ne peut pas se former *sine consensu*. Par conséquent, une personne en démence ne peut pas contracter mariage, tandis que le mariage, une fois qu'il a été valablement contracté, n'est point dissous par cela seul que l'un des époux tombe en démence. C'est précisément ce que dit le jurisconsulte Paul : *Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est; sed rectè contractum non impedit* (2). — Autre conséquence remarquable du principe qu'il faut le consentement des deux personnes qui se marient ensemble. Nous savons quelle était l'étendue de la puissance paternelle; cette puissance ne va pas jusqu'à faire admettre que pour le mariage du fils ou de la fille il suffira du consentement du père : *Non cogitur filiusfamiliâs uxorem ducere*, dit très-bien le jurisconsulte Terentius Clemens dans son commentaire sur la loi Julia et Papia (3). Mais, du reste, le fils ou la fille ayant consenti à se marier, on ne pourrait pas ensuite prétendre que ce consentement n'a pas été libre, qu'il a été arraché par le père, et qu'il doit être considéré comme non avenu : *Si patre cogente*, dit Celsus, *ducit uxorem quam non duceret si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium : quod inter invitos non contrahitur : maluisse hoc videtur* (4). — Enfin, quelle que soit la subordination de l'affranchi relativement au patron, pour que le patron puisse épouser la femme à qui il a donné la liberté, il faut en général que cette femme y consente. La règle souffre seulement exception quand le maître n'a affranchi son esclave que pour pouvoir l'épouser. *Invitam libertam*, dit Marcien, *uxorem ducere patronus non potest. Quod et Ateius Capito,* ajoute Ulpien, *consulatu*

(1) L. 4, D., *De ritu nupt.* (23, 2).
(2) L. 16 § 2 *De ritu nupt.*
(3) L. 21, D., *De ritu nupt.* Voy. aussi un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien, L. 12, C., *De nuptiis* (5, 4).
(4) L. 22 *De ritu nupt.*

suo fertur decrevisse. Hoc tamen ità observandum est, nisi patronus ideò eam manumisit ut uxorem eam ducat (1).

S'il faut toujours le consentement de la personne qui se marie, ce consentement n'est pas toujours le seul qui soit nécessaire : une personne soumise à la puissance paternelle ne peut contracter mariage sans le consentement du père à qui appartient cette puissance. *Nuptiæ consistere non possunt*, dit Paul, *nisi consentiant omnes : id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt* (2). Le même principe est exprimé aux Institutes (3) ; et Justinien ajoute : *nàm hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet*. Toutefois, le consentement du père n'étant exigé qu'en tant que le père a la *patria potestas*, laquelle est essentiellement de droit civil, et l'enfant n'ayant jamais besoin du consentement de la mère, c'est bien réellement à la *civilis* et non à la *naturalis ratio* que se rattache le principe qui nous occupe.

Dans le droit des jurisconsultes, l'homme ou la femme *sui iuris* n'a jamais besoin du consentement de personne pour pouvoir se marier. Mais cette règle a été modifiée dans le Bas-Empire, relativement aux femmes mineures de vingt-cinq ans. La mineure de vingt-cinq ans, bien que *sui juris*, a besoin pour se marier du consentement de son père ; à défaut de son père, il lui faut le consentement de sa mère et de ses proches parents ; enfin, lorsqu'elle n'a ni père ni mère, si elle-même n'ose choisir entre les prétendants honorables qui la recherchent, c'est le juge qui choisira *coràm positis propinquis* (4).

Revenons au cas où la personne qui veut se marier est soumise à la puissance paternelle. Que cette puissance appartienne au père ou qu'elle appartienne au grand-père, peu importe : il faut toujours le consentement de celui à qui elle appartient. Mais quand elle appartient au grand-père, et que le père lui-même y est soumis, ne faudra-t-il pas de plus le consentement du père ? Exemple : Primus a sous sa puissance un fils Secundus ; celui-ci est marié et

(1) LL. 28 et 29 *De ritu nupt.* Aj. L. 51 *eod. Tit.*

(2) L. 2 *De ritu nupt.*

(3) Pr. *De nuptiis.*

(4) Valentinien, Valens et Gratien, L. 18, C., *De nupt.*; Honorius et Théodose, L. 20 *eod. Tit.*

il a un enfant, Tertius ou Tertia, qui est également sous la puissance de Primus. Tertius ou Tertia, pour se marier, a toujours besoin du consentement de son grand-père Primus, actuellement investi de la puissance paternelle; mais lui faut-il de plus le consentement de son père Secundus, actuellement *filiusfamiliâs?* A cet égard, les jurisconsultes romains font une distinction : le petit-fils Tertius a besoin et du consentement de son grand-père Primus et du consentement de son père Secundus; au contraire, la petite-fille Tertia a besoin du consentement de son grand-père Primus, mais non du consentement de son père Secundus. *Nepote uxorem ducente*, dit Paul, *et filius consentire debet; neptis verò si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet* (1). Sur quoi est fondée cette distinction? Elle se rattache à la règle *Nemini invito heres suus agnascitur* (2). A la mort du grand-père Primus, le petit-fils Tertius sera sous la puissance de Secundus, il sera *heres suus* par rapport à Secundus; de même, les enfants de Tertius seront sous la puissance de Secundus, il est possible qu'ils soient *heredes sui* par rapport à Secundus : aux yeux des jurisconsultes romains, il serait bizarre que ce résultat se produisît sans que Secundus eût consenti au mariage d'où sont issus ces enfants. Au contraire, Tertia pourra bien tomber sous la puissance de son père Secundus, être *heres sua* par rapport à lui; mais les enfants de Tertia ne doivent point être sous la puissance de Secundus, leur grand-père maternel : ils doivent être sous la puissance de leur père ou de leur grand-père paternel. Il n'est donc pas nécessaire que Secundus, actuellement *filiusfamiliâs*, consente au mariage de sa fille, comme il est nécessaire qu'il consente au mariage de son fils. Nous verrons que, pour ôter à mon fils, actuellement sous ma puissance, un *heres suus*, je

(1) L. 16 § 1 *De ritu nupt.* — Je ne pense pas qu'il y ait exception à la règle quand il s'agit du mariage de deux cousins-germains issus de deux frères et placés actuellement sous la puissance de leur grand-père commun : il faudra le consentement du grand-père et celui du père du futur mari. Dans la L. 3 *De ritu nupt.*, on suppose que le père du futur mari est prédécédé : tout ce que veut dire Paul après Pomponius, c'est que, les deux futurs époux étant en puissance, il est cependant possible que le consentement d'une seule personne soit nécessaire.

(2) Nous trouverons une autre application de la même règle, au § 7 *De adopt.* (I, 11).

n'ai pas besoin du consentement de mon fils; mais au contraire je ne puis lui donner un *heres suus* qu'autant qu'il y consent.

On peut conclure de certains textes, et cela se rattache encore à la règle *Nemini invito heres suus agnascitur*, que, dans l'ancien droit, pour la validité du mariage d'un fils, il fallait que le père donnât un consentement exprès, tandis que pour le mariage d'une fille il suffisait d'un consentement tacite (1). Mais on finit par admettre que le consentement tacite suffirait toujours. C'est ce qui résulte d'un rescrit de l'empereur Alexandre : *Si, ut proponis, pater quondàm mariti tui, in cujus fuit potestate, cognitis nuptiis vestris non contradixit, vereri non debes ne nepotem suum non agnoscat* (2).

— Je vais maintenant indiquer certains cas exceptionnels où le mariage est valable, bien que les époux n'aient pas obtenu le consentement des personnes qui en principe doivent consentir :

1° Le père ne peut pas condamner l'enfant à un célibat absolu. Si donc le père refuse systématiquement de consentir au mariage convenable que l'enfant voudrait contracter, la loi protége l'enfant contre cet abus de la puissance paternelle : *Capite* XXXV *Legis Juliæ, qui liberos, quos habent in potestate, injuriâ prohibuerint ducere uxores vel nubere (vel qui dotem dare non volunt, ex Constitutione Divorum Severi et Antonini), per Proconsules Præsidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare (et dotare).* PROHIBERE *autem videtur, et qui conditionem non quærit* (3).

2° Un homme en démence (*furiosus*) est incapable de consentir. Faut-il en conclure que les enfants qu'il a sous sa puissance ne pourront pas contracter mariage? Déjà, dans l'ancien droit, on admettait que la fille du *furiosus* peut se marier *sine patris interventu*. Mais quant au fils du *furiosus*, on hésitait davantage : *Super*

(1) Voy., au Digeste, Paul, L. 7 § 1 *De sponsalibus* (23, 1), et L. 11 *De statu hom.* (1, 5).

(2) L. 5, C., *De nupt.*

(3) Marcien, L. 19 *De ritu nupt.* — On voit par ce texte que, conformément à une Constitution des empereurs Septime-Sévère et Antonin Caracalla, le père pouvait être contraint à doter ses enfants, suivant sa fortune. Comp. Justinien, L. 7, C., *De dotis promiss.* (5, 11). Au contraire, chez nous, «l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement» (C. Nap., art. 204).

filio variabatur, comme dit Justinien (1). Pourquoi? Parce que le mariage du fils peut avoir pour le père des conséquences plus graves que le mariage de la fille : les enfants du fils seront sous la puissance du père, et ainsi, dans notre espèce, où le père était incapable de consentir, la règle *nemini invito heres suus agnascitur* aura été méconnue. Cependant Justinien a voulu que le fils du *furiosus* fût traité à cet égard comme sa fille : « Le fils et la fille du *furiosus*, dit Justinien, peuvent se marier *sine patris interventu, secundùm datum ex nostrâ Constitutione modum.* » Aux termes de la Constitution dont il s'agit (2), le curateur du père devra fournir une dot ou une *donatio antè nuptias*, dont le chiffre sera fixé, à Constantinople, par le Préfet de la ville, ailleurs, par le Président de la province ou par l'évêque.

Je viens de supposer que le père est *furiosus*, c'est-à-dire dans un état habituel de démence : nous savons que dans l'ancien droit on n'admettait pas facilement que le fils pût se passer de son consentement. Du *furiosus* il faut soigneusement distinguer le *mente captus*, celui qui est dans un état habituel (ou plutôt permanent) d'imbécillité (3). Une Constitution de l'empereur Marc-Aurèle avait décidé que les enfants, *sive masculi, sive feminæ*, du *mente captus* pourraient se marier *etiam non adito Principe*, même sans une permission spéciale de l'empereur (4). Comment expliquer cette différence qui existait dans l'ancien droit entre le fils du *furiosus* et le fils du *mente captus?* Elle s'explique facilement si l'on considère que la démence est un état qui comporte des intermittences, des intervalles lucides, tandis que l'imbécillité, la faiblesse des facultés intellectuelles, subsiste constamment au même degré : pour le fils du *furiosus*, on peut attendre un moment où le père sera capable de consentir, tandis que pour le fils d'un *mente captus* il est à peu près certain que ce moment-là n'arrivera jamais. Du reste, de même que Justinien ne distingue plus entre le fils et la fille, de même il ne peut plus distinguer entre les enfants du

(1) Inst., pr. *in fine De nupt.*

(2) L. 25, C., *De nupt.*

(3) Aux Institutes, §§ 3 et 4 *De curat.* (I, 23), on oppose l'une à l'autre les deux expressions *furiosus* et *mente captus.*

(4) Justinien cite cette Constitution dans la L. 25, C., *De nupt.*

furiosus et les enfants du *mente captus*. Dans tous les cas, l'enfant pourra contracter un mariage valable sans le consentement de son père.

3° Lorsqu'un citoyen romain a été fait prisonnier par l'ennemi, tant qu'il reste vivant *apud hostes*, on ne peut pas savoir si les enfants qu'il avait sous sa puissance sont devenus *sui juris*: car, s'il revient à Rome, il sera considéré *jure postliminii* comme n'ayant pas perdu un seul instant la puissance paternelle. D'un autre côté, étant retenu captif chez l'ennemi, il ne peut pas, dans cette situation, donner un consentement valable. Rigoureusement on arrive donc à dire qu'il est impossible que les enfants du captif contractent un mariage légitime. Mais les jurisconsultes avaient apporté ici un tempérament à la rigueur des principes: *Medio tempore*, dit Tryphoninus, *filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptiis pater ejus non posset: nàm utiquè nec dissentire. Susceptus ergò nepos in reversi captivi potestate, ut redierit, erit, suusque heres ei quodammodo invito, cùm nuptiis non consenserit. Non mirum: quia illius temporis conditio necessitasque faciebat, et publica nuptiarum utilitas exigebat* (1). D'après certains autres textes, lorsque le père a été fait prisonnier par l'ennemi, ou lorsqu'il a disparu de telle sorte qu'on ignore même s'il est encore vivant, les enfants ne pourraient valablement contracter mariage qu'autant qu'il se serait écoulé au moins trois ans depuis la captivité ou depuis la disparition (2). Mais il n'est pas admissible qu'un délai fixe ait été ainsi établi par les jurisconsultes: il appartient seulement au législateur de régler un point de ce genre, parce que le règlement dont il s'agit a toujours quelque chose d'un peu arbitraire. Je crois donc que les jurisconsultes se bornaient à dire: Le fils d'un captif peut contracter mariage, et le mariage ainsi contracté demeure valable lors même que le captif reviendrait à Rome. Ce sont les compilateurs de Justinien qui auront ajouté cette condition: pourvu qu'au moment où le fils se marie il se fût écoulé au moins trois ans depuis la captivité du père.

— Toutes les fois que la validité du mariage dépend du consente-

(1) L. 12 § 3, D., *De captiv. et postlim.* (49, 15).
(2) LL. 9 § 1, 10 et 11, D., *De ritu nupt.*

ment du père, il n'y a pas mariage valable antérieurement à ce consentement, et le consentement qui interviendrait après que la cohabitation aurait commencé *animo matrimonii* n'aurait point d'effet rétroactif. Les Institutes expriment cette idée lorsqu'elles disent que le *jussum parentis præcedere debet* (1); et, jusqu'à un certain point, le jurisconsulte Paul en fait l'application lorsqu'il décide que, si une *filiafamiliâs* s'est mariée à l'insu de son père, l'enfant né après la mort de celui-ci n'est pas légitime s'il a été conçu de son vivant (2). Cette décision autorise à dire, ce qui du reste est parfaitement conforme aux principes, que le mariage contracté par un *filiusfamiliâs* ou par une *filiafamiliâs* à l'insu ou sans le consentement du père, peut devenir valable, pour l'avenir seulement, à partir de la mort du père.

En principe, la personne soumise à la puissance paternelle n'est pas mariée tant que le père n'a pas consenti au mariage. Voici cependant un texte de Paul qui, au premier abord, marche difficilement avec cette doctrine : *Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur ; sed contracta non solvuntur : contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur* (3). On pourrait croire que ce texte doit être traduit ainsi : « Il est défendu à la personne *in patriâ potestate* de se marier « sans le consentement de son père ; mais le mariage ainsi con« tracté ne sera pas anéanti : en effet, l'intérêt public doit passer « avant les vœux des particuliers. » Cela reviendrait à dire que le défaut de consentement du père forme bien un empêchement prohibitif, non un empêchement dirimant. Mais la distinction entre l'empêchement prohibitif et l'empêchement dirimant ne se comprend pas dans une législation comme la législation romaine, où il n'existe point un acte solennel de célébration du mariage, un acte qui suppose l'intervention d'un officier public. D'ailleurs, comme je l'ai déjà montré, les textes prouvent que, sans le consentement du père, il n'y a point mariage. Que signifie donc le passage de Paul? Je crois qu'il faut l'entendre comme Pothier (4), et le tra-

(1) Pr. *De nuptiis.*
(2) L. 11, D., *De statu hom.* (1, 5).
(3) *Sentences de Paul*, Liv. II, Tit. XIX, § 2.
(4) *Traité du Contrat de mariage*, n° 17.

duire ainsi : « Pour qu'une personne en puissance puisse contrac-« ter mariage, il faut la volonté de son père ; mais la volonté du « père ne suffit pas pour dissoudre un mariage valablement con-« tracté..... » En un mot, Paul a voulu exprimer ici la règle introduite par une Constitution d'Antonin le Pieux, d'après laquelle, lorsqu'une personne en puissance est légitimement mariée, il n'est plus permis à son père de dissoudre à son gré le mariage. La puissance paternelle autrefois allait jusque-là que le père pouvait, malgré son fils ou malgré sa fille, répudier sa bru ou son gendre; Antonin le Pieux y a mis, sous ce rapport, une restriction raisonnable (1).

Troisième condition : CONNUBIUM. — Une personne, qui en général est capable de se marier, peut n'être pas capable d'épouser telle autre personne déterminée : outre la capacité *absolue,* il y a ici une capacité *relative.* Ainsi, sans doute un citoyen romain pubère et *sui juris* peut, en général, se marier; mais il y a telle personne, par exemple sa sœur, qu'il ne pourrait pas épouser. Les Romains emploient ordinairement l'expression *connubium* quand ils parlent de la capacité relative : dire qu'il y a ou qu'il n'y a pas *connubium* entre deux personnes, c'est dire que ces deux personnes peuvent ou au contraire ne peuvent pas se marier l'une avec l'autre.

Nous savons déjà qu'en principe un citoyen romain n'a pas le *connubium* avec une pérégrine ni même avec une latine : il ne l'a que moyennant une concession de l'empereur (2). Le mariage qu'un citoyen romain aurait contracté avec une étrangère, sans avoir obtenu le *connubium,* serait-il absolument nul? Non : il serait seulement destitué des effets qui dérivent du pur droit civil. Ainsi, il est parfaitement certain que le mari, quoique citoyen romain, n'aurait pas la puissance paternelle sur les enfants issus d'une pareille union. Du reste, il y aurait mariage et non pas simplement concubinat. En ce sens, je remarque d'abord qu'Ulpien distingue soi-

(1) *Benè concordans matrimonium separari a patre Divus Pius prohibuit...* Ce sont les expressions employées par Paul lui-même, dans un autre passage de ses *Sentences* (Liv. V, Tit. VI, § 5). Voy. aussi Dioclétien et Maximien, L. 5, C., *De repudiis* (5, 17).

(2) *Fragm. d'Ulpien,* V, § 4. Voy. aussi Gaius, Comment. I, §§ 56 et 57.

gueusement la *concubina* et l'*uxor injusta* (1). J'en trouve encore la preuve dans ce texte de Papinien : *Civis romanus, qui sine connubio sibi peregrinam in matrimonio habuit, jure quidem mariti eam adulteram non postulat; sed ei non opponetur infamia, vel quòd libertinus rem sestertiorum triginta millium aut filium non habeat, propriam injuriam persequenti* (2). Un citoyen romain a épousé une pérégrine *sine connubio;* cette pérégrine se rend coupable d'adultère, et le divorce s'ensuit. Supposons qu'il y eût *connubium* : le mari pourrait seul, pendant soixante jours, intenter l'accusation d'adultère (3); les soixante jours étant expirés sans qu'il l'eût intentée, toute personne (sauf certaines exclusions) pourrait l'intenter, dans un délai de quatre mois (4). Quelle est la règle pour le cas où, comme dans notre hypothèse, il n'y avait pas *connubium?* Le mari ne peut pas, pendant soixante jours, exclure un accusateur étranger : ce droit d'exclusion (comme la puissance paternelle) présuppose l'existence du *connubium*. Mais le mari n'est pas pour cela traité comme le serait un étranger : s'il se décide à intenter l'accusation, il y a certaines fins de non-recevoir qui seraient opposables à un étranger et qu'on ne pourra pas invoquer contre lui. Ainsi, à un accusateur étranger on pourrait opposer qu'il est noté d'infamie, ou qu'étant affranchi il n'a pas une fortune d'au moins 30,000 sesterces, il n'a pas de fils; contre le mari on ne pourrait faire usage d'aucun de ces moyens (5).

Il est encore vrai de dire, dans le droit de Justinien, qu'il n'y a *connubium* qu'entre citoyens romains. C'est, en effet, ce que nous lisons, au commencement du *princ.* du Titre *De nuptiis,* aux Institutes : *justas nuptias inter se cives romani contrahunt.* Pour bien comprendre la portée de cette règle, il faut savoir qu'une Constitution des empereurs Valentinien et Valens, de l'an 365, avait défendu, sous peine de mort, à tout sujet de l'Empire d'épouser

(1) L. 13 pr. et § 1, D., *Ad leg. Juliam de adult.* (48, 5).
(2) *Collatio legum mosaïc.*, Tit. IV, Ch. v.
(3) Scévola, L. 14 § 2 *Ad leg. Juliam de adult.*
(4) Ulpien, L. 4 § 1 *eod. Tit.*
(5) Il est probable que le jurisconsulte Callistrate se réfère également à un mariage contracté sans obtention du *connubium*, lorsqu'il dit : *Mulieres quæ in matrimonium se dederint non legitimum, non ibi muneribus fungendas unde mariti earum sunt....*, L. 37 § 2 *Ad municipalem* (50, 1).

une personne de condition barbare : *Nulli provincialium*, disaient les empereurs, *cujuscumque ordinis aut loci fuerit, cum barbarâ sit uxore conjugium, nec ulli gentilium provincialis femina copuletur. Quodsi quæ inter provinciales atque gentiles affinitates ex hujusmodi nuptiis exstiterint, quod in iis suspectum vel noxium detegitur, capitaliter expietur* (1). Cette Constitution n'a pas été insérée dans la compilation justinienne : j'en conclus que la pénalité exorbitante qu'elle prononçait a été supprimée par Justinien. Mais le texte des Institutes prouve qu'il ne peut pas y avoir de mariage valable entre deux personnes dont l'une est romaine ou *provincialis* et l'autre barbare.

— Dans le droit de Justinien comme dans l'ancien droit, le *connubium* n'existe pas, tout mariage est impossible, entre certains parents et même entre certains alliés. Cette matière est développée aux Institutes, dans les §§ 1 à 10 du Titre *De nuptiis*. Donnons d'abord quelques notions générales sur la parenté et sur l'alliance.

Les Romains distinguent la parenté naturelle, *cognatio*, et la parenté civile, *agnatio*. La *cognatio* est le lien qui existe entre deux personnes qui descendent l'une de l'autre ou qui descendent d'un auteur commun. Entre deux personnes qui descendent l'une de l'autre, on dit qu'il y a parenté *en ligne directe;* entre deux personnes qui descendent d'un auteur commun, on dit qu'il y a parenté *en ligne collatérale*. Il est possible qu'entre deux personnes il y ait *cognatio,* mais non *agnatio*. Par exemple, deux frères *utérins,* qui ont la même mère et qui n'ont pas le même père, sont cognats et non agnats : en effet, pour être agnats, il faut appartenir à la même famille civile ; or chacun des deux frères utérins appartient à la famille civile de son père. — Réciproquement, il est possible qu'entre deux personnes il y ait agnation, quoiqu'il n'existe entre elles aucun lien du sang : ainsi, quand mon père adopte un enfant, cet enfant, qui par sa naissance m'était absolument étranger, devient mon agnat. Du reste, chez les Romains, l'*agnatio* étant plus que la *cognatio*, on admet que, partout où existe l'*agnatio,* les effets attachés à la simple *cognatio* doivent *a fortiori* se

(1) L. un., C. Th., *De nuptiis gentilium* (3, 14).

produire : *Cognationem facit etiam adoptio*, dit Ulpien : *etenim quibus fiet agnatus hic qui adoptatus est, iisdem etiam cognatus fiet...* (1).

Quant à l'alliance, *adfinitas,* c'est proprement le lien qui existe entre un époux et les parents de l'autre époux. Mais le mot *adfinitas* est quelquefois employé dans une acception plus large, pour désigner le lien qui unit les parents du mari aux parents de la femme; on dit de même quelquefois chez nous que la famille du mari et la famille de la femme sont alliées l'une à l'autre.

Dans la parenté et dans l'alliance il y a des degrés, *gradus;* on dit que deux personnes sont parentes ou alliées à tel degré. Comment les Romains comptaient-ils les degrés? En ligne directe, ils comptent autant de degrés qu'il y a de générations entre les deux personnes : ainsi, le père et la fille sont parents au premier degré, le beau-père et la bru sont alliés au premier degré; l'aïeul et la petite-fille sont parents au second degré, etc. En ligne collatérale, pour déterminer le degré de parenté ou d'alliance qui existe entre deux personnes, on remonte d'abord de l'une d'elles à l'auteur commun, puis de l'auteur commun on redescend à l'autre : ainsi, le frère et la sœur sont parents au second degré, le beau-frère et la belle-sœur sont alliés au second degré; l'oncle et la nièce sont parents au troisième degré, etc. (2).

Voyons maintenant dans quels cas la parenté ou l'alliance est une cause d'empêchement au mariage.

La parenté en ligne directe, n'importe à quel degré, met toujours obstacle au mariage. *Inter eas personas quæ parentium liberorumve locum inter se obtinent, nuptiæ contrahi non possunt nec inter eas connubium est, velut inter patrem et filiam, vel matrem et filium, vel avum et neptem; et, si tales personæ inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur* (3). — Un seul point pou-

(1) L. 1 § 4, D., *Undè cognati* (38, 8).

(2) Ce système est purement et simplement reproduit dans le Code Napoléon (art. 737 et 738). Le droit canonique procède autrement, du moins en ligne collatérale : il compte les générations en remontant de l'un des parents ou alliés à l'auteur commun sans redescendre ensuite à l'autre : ainsi le frère et la sœur sont au premier degré, le cousin et la cousine au second, etc. Voy. Pothier, *Traité du contrat de mariage*, nos 124 et suiv.

(3) Gaius, Comment. I, § 59; Inst., § 1 *De nupt.* Voy. aussi *Fragm. d'Ulpien*, Tit. V, § 6.

vait faire difficulté. J'ai adopté Titia, et par cette adoption je l'ai fait entrer dans ma famille : tant que subsiste ce lien civil résultant de l'adoption, en droit Titia est ma fille et certainement je ne puis pas l'épouser. Mais que décider une fois que ce lien civil a été rompu, soit parce que j'ai émancipé Titia, soit parce que je l'ai donnée en adoption à une autre personne? Désormais il n'existe entre elle et moi ni lien civil, ni lien naturel : on serait donc tenté de croire que je puis l'épouser. Cependant les textes nous disent que le mariage demeure impossible. L'empêchement qui résulte de la parenté en ligne directe est tellement absolu, *ut, quamvis per adoptionem parentium liberorumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio conjungi, in tantum ut etiam dissolutâ adoptione idem juris maneat : itaque eam quæ nobis adoptione filiæ aut neptis loco esse cœperit, non poterimus uxorem ducere, quamvis eam emancipaverimus* (1). Cette décision, exorbitante au premier abord, s'explique parce qu'il y aurait de graves inconvénients, au point de vue de la morale, à ce qu'une personne considérât comme pouvant devenir son époux celui qui actuellement exerce sur elle la *patria potestas*.

Gaius et Justinien, passant à la parenté en ligne collatérale après avoir posé la règle relative à la parenté en ligne directe, s'expriment ainsi : *Inter eas quoque personas quæ ex transverso gradu cognatione junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta* (2). Pour la parenté collatérale il existe une règle analogue à celle qui vient d'être posée pour la parenté directe; mais l'empêchement n'est pas aussi étendu. Comme nous allons le voir, l'empêchement qui résulte de la parenté en ligne collatérale est moins étendu, sous deux rapports : 1° en ce qu'il n'existe pas à tous les degrés, *in infinitum;* 2° en ce que, là où il existe, il peut cesser.

Jusqu'à quel degré le mariage est-il empêché entre deux personnes parentes en ligne collatérale? A cet égard, voici quelle est la règle, générale du droit romain : Pour que le mariage soit possible entre deux parents collatéraux, il faut qu'entre chacun d'eux

(1) Gaius, *eod. loc.;* Inst., *eod. loc.*
(2) Gaius, Comment. I, § 60; Inst., § 2 *De nuptiis.*

et leur auteur commun il y ait au moins deux degrés. — Voyons maintenant les applications de cette règle générale.

Entre un frère et sa sœur, le mariage est impossible : car de chacun d'eux à l'auteur commun il n'y a qu'un seul degré. *Sanè inter fratrem et sororem prohibitæ sunt nuptiæ, sive eadem patre eâdemque matre nati fuerint, sive alterutro eorum* (1). La règle est la même quand le frère et la sœur sont *germains* (même père et même mère), quand ils sont *consanguins* (même père seulement), et quand ils sont *utérins* (même mère seulement). — Je puis avoir une sœur consanguine *ex adoptione :* alors, tant qu'elle restera dans ma famille, je ne pourrai pas l'épouser; mais si nous cessons de faire partie de la même famille, par exemple parce que mon père l'émancipe, dès ce moment le mariage deviendra possible entre elle et moi. *Si qua per adoptionem soror mihi esse cœperit, quamdiu quidem constat adoptio, sanè inter me et eam nuptiæ non possunt consistere; cùm verò per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuero, nihil impedimento erit nuptiis* (2).

Je ne puis pas épouser celle qui est devenue ma sœur par l'effet d'une adoption. Mais, cet empêchement pouvant disparaître, ne faut-il pas en conclure que dès à présent il peut y avoir du moins fiançailles entre elle et moi? Les jurisconsultes romains ne l'avaient pas admis : *Quod leges fieri prohibent*, dit Paul, *si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio: velut si sororem suam nupturam sibi aliquis stipuletur. Quamquam, etiamsi non sit perpetua causa, ut recidit in sorore adoptivâ, idem dicendum sit : quia statim contrà mores sit* (3).

Justinien indique une conséquence remarquable de ce que le mariage est impossible entre deux personnes qui sont devenues frère et sœur consanguins par l'effet d'une adoption, tant que l'une et l'autre font partie de la même famille : *Et ideò constat*, dit Justinien, *si quis generum adoptare velit, debere eum antè filiam emancipare; et si quis velit nurum adoptare, debere eum antè filium*

(1) Gaius, I, § 61; Inst., § 2 *De nupt.*
(2) Gaius, *eod. loc.*; Inst., *eod. loc.* Voy. aussi *Sentences de Paul*, II, XIX, § 4.
(3) L. 35 § 1, D., *De verb. oblig.* (45, 1).

emancipare (1). Ainsi, lorsque le fils ou la fille que j'ai sous ma puissance est marié, si je veux adopter ma bru ou mon gendre, il faut que je commence par faire sortir de ma famille mon fils ou ma fille; autrement, mon fils se trouverait être le frère de sa femme, ma fille se trouverait être la sœur de son mari, ce qui est impossible. — Mais qu'arrivera-t-il si je procède à l'adoption de mon gendre sans avoir au préalable émancipé ma fille, si je procède à l'adoption de ma bru sans avoir au préalable émancipé mon fils? Au premier abord, on serait tenté de croire que l'adoption ainsi faite doit être frappée de nullité. Cependant il vaut mieux dire que l'adoption sera valable, et qu'elle aura pour effet de dissoudre le mariage existant entre ma fille et mon gendre, entre mon fils et ma bru; en d'autres termes, celui qui était mon gendre cessera de l'être en devenant mon fils, celle qui était ma bru cessera de l'être en devenant ma fille (2).

De même que le mariage est défendu entre le frère et la sœur, de même il est défendu entre les collatéraux du troisième degré, c'est-à-dire entre l'oncle et la nièce, entre la tante et le neveu. C'est toujours l'application de notre règle générale : l'oncle ne peut pas épouser sa nièce parce qu'il n'est qu'à un degré de l'auteur commun; la tante ne peut pas épouser son neveu parce qu'elle n'est qu'à un degré de l'auteur commun.

On a toujours admis sans difficulté l'impossibilité du mariage entre la tante et le neveu. *Amitam et materteram uxorem ducere non licet*, dit Gaius (I, § 62 *in fine*). *Amita*, c'est la tante paternelle, la sœur de mon père; *matertera*, c'est la tante maternelle, la sœur de ma mère. — Supposons que mon aïeul paternel adopte Titia: elle devient la sœur de mon père, elle est pour moi *amita adoptiva*. Tant que nous serons dans la même famille, je ne pourrai pas l'épouser. Au contraire, je ne puis pas avoir de *matertera adoptiva:* en effet, si mon aïeul maternel adopte Titia, Titia devient bien la sœur de ma mère; mais elle ne devient point mon agnate, car elle n'entre point dans la famille de mon père. Je puis donc très-

(1) Inst., § 2 *in fine De nupt.* Voy. aussi Gaius, L. 17 § 1, D., *De ritu nupt.*

(2) Je reviendrai bientôt sur ce point, en expliquant la L. 67 § 3, D., *De ritu nupt.*

bien l'épouser (1). — De même, si j'ai été adopté par Titius, je pourrai très-bien épouser la sœur utérine de mon père adoptif: elle n'est pas dans ma famille, je ne suis ni son agnat ni son cognat (2).

Quant à la prohibition du mariage entre l'oncle et la nièce, elle existait dans l'ancien droit, elle existe aussi dans le droit de Justinien : *Fratris et sororis filiam*, est-il dit aux Institutes (§ 3 *De nupt.*), *uxorem ducere non licet*. Mais il paraît que sous l'Empire, pendant quelque temps, on a distingué: *Fratris filiam uxorem ducere licet*, dit Gaius (I, § 62); *idque primùm in usum venit, cùm Divus Claudius Agrippinam, fratris sui filiam, uxorem duxisset. Sororis verò filiam uxorem ducere non licet. Et hæc ità principalibus Constitutionibus significantur*. Ulpien atteste également l'existence de cette distinction bizarre (3), et nous ne voyons pas qu'elle ait soulevé les réclamations d'aucun jurisconsulte. Il paraît que le Sénat, pour que Claude pût épouser Agrippine, avait décidé d'une manière générale qu'on pourrait toujours épouser la fille de son frère; *neque tamen repertus est*, ajoute Tacite (*Annales*, XII, 7), *nisi unus talis matrimonii cupitor*.... (4). — La distinction admise par le Sénat, et consacrée par des Constitutions impériales, paraît n'avoir été abrogée qu'en 342, par les empereurs Constance et Constant : *Si quis*, disent les empereurs, *filiam fratris sororisve faciendam crediderit abominanter uxorem, aut in ejus amplexum, non ut patruus aut avunculus, convolaverit, capitalis sententiæ pœnâ teneatur* (5). Il est vrai que le Code de Justinien contient, sous le nom des empereurs Dioclétien et Maximien, une Constitution datée de l'an 295, qui défend d'épouser la *filia fratris* tout comme la *filia sororis* (6). Mais cette Constitution a évidemment été retouchée par les commissaires de Justinien : en effet, la *collatio legum mosaïcarum* (Tit. VI, c. IV, § 5) nous donne le texte d'un Edit des empereurs Dioclétien et Maximien, emprunté au *Codex Grego-*

(1) Voy. comment s'exprime Justinien, au commencement du § 5 *De nupt.*
(2) Ulpien, L. 12 § 4 *in fine*, D., *De ritu nupt.*
(3) *Fragm. d'Ulpien*, Tit. V, § 6.
(4) Voy. aussi Suétone, *Claude*, n° 26.
(5) L. 1, C. Th., *De incestis nupt.* (3, 12).
(6) L. 17, C., *De nupt.* (5, 4).

nianus, d'après lequel il est bien défendu d'épouser la *filia sororis*, mais non la *filia fratris*.

Attachons-nous à la règle, sans tenir compte désormais de l'exception qui n'existe plus dans le droit de Justinien. Nous disons que l'oncle ne peut jamais épouser sa nièce. Ce rapport d'oncle à nièce peut-il se former par l'effet d'une adoption? A cet égard, il faut distinguer plusieurs hypothèses. D'abord si mon père adopte Titia, Titia devient bien ma sœur; mais la fille de Titia, étant dans la famille de son père, né devient point ma nièce, et je puis parfaitement l'épouser. C'est ce que décident les Institutes: *Ejus mulieris, quam pater tuus adoptavit, filiam non videris impediri uxorem ducere, quia neque naturali neque civili jure tibi conjungitur* (1). Mais si mon père avait adopté Titius, pourrais-je également épouser la fille de Titius, mon frère adoptif? Cela dépend. Si Titius était *sui juris* lorsqu'il a été adopté par mon père, sa fille ne peut pas avoir une autre famille que lui, elle est donc dans ma famille, je suis son *patruus*, et, par conséquent, je ne puis pas l'épouser. Il en est de même si Titius était *filiusfamiliâs* lorsqu'il a été adopté par mon père et si sa fille a été conçue depuis cette adoption : elle suit la condition qu'avait son père au moment où elle a été conçue, elle appartient donc à ma famille, elle est ma nièce (2). Mais il en est autrement si, Titius étant *filiusfamiliâs* au moment où mon père l'adopte, sa fille était déjà conçue à ce moment : elle reste alors dans la famille d'où sort son père, dans la famille de son aïeul paternel; elle n'entre point avec son père dans ma famille.

Le mariage est-il permis ou est-il défendu entre parents collatéraux au quatrième degré? Il faut distinguer : entre le grand-oncle et la petite-nièce, entre la grand'tante et le petit-neveu, le mariage est défendu; au contraire, il est permis entre cousins-germains. En effet, le grand-oncle et la grand'tante ne sont séparés que d'un degré de l'auteur commun, tandis que deux cousins-germains se trouvent l'un et l'autre à deux degrés de leur auteur

(1) § 3 *in fine De nupt.* Voy. aussi Ulpien, L. 12 § 4, D., *De ritu nupt.*: *Avunculus nemo fit per adoptionem.*

(2) Il est douteux que cet empêchement existe encore, d'une manière absolue, dans le droit de Justinien. Voy., aux Institutes, le § 2 *De adopt.* (I, 11).

commun. Ces différentes décisions sont données aux Institutes (1). A propos du grand-oncle, les Institutes s'expriment ainsi : *Nec neptem fratris vel sororis quis uxorem ducere potest, quamvis quarto gradu sint : cujus enim filiam uxorem ducere non licet, ejus neque neptem permittitur.* Cette dernière proposition n'est pas d'une exactitude parfaite. Sans doute, comme je ne puis pas épouser la fille de mon frère, je ne puis pas non plus épouser sa petite-fille. Mais, d'un autre côté, je ne puis pas épouser la fille de mon aïeul (ma tante), et je puis très-bien épouser sa petite-fille (ma cousine-germaine). — Du reste, il paraît que pendant longtemps le mariage entre cousins-germains a été inconnu. C'est du moins ce que Tacite fait dire à Vitellius, sollicitant un sénatusconsulte qui permette au *patruus* d'épouser sa nièce : *Nova nobis in fratrum filias conjugia : sed aliis gentibus solemnia, neque lege ullâ prohibita. Et sobrinarum, diù ignorata, tempore addito percrebuisse. Morem accommodari prout conducat, et fore hoc quoque in his quæ mox usurpentur* (2). Les empereurs chrétiens, de leur côté, ont quelquefois défendu le mariage entre cousins-germains. Il paraît avoir été définitivement permis, en 405, par les empereurs Honorius et Arcadius (3).

— Il reste à voir dans quels cas l'alliance peut faire obstacle au mariage.

D'abord entre personnes qui sont alliées en ligne directe il n'y a jamais *connubium*. Ainsi je ne puis pas épouser la mère de ma femme (*socrus*), la fille de ma femme (*privigna*), la femme de mon père (*noverca*), ni la femme de mon fils (*nurus*) : toutes ces personnes sont mes alliées en ligne directe au premier degré (4). Je ne puis pas davantage épouser celle qui est mon alliée en ligne di-

(1) Voy., au Titre *De nupt.*, la seconde phrase du § 3, le § 5 *in fine* et le § 4.

(2) *Annales*, XII, 6.

(3) L. 19, C., *De nupt.* (5, 4).

(4) En nous plaçant au point de vue inverse, nous dirons : Une femme ne peut pas épouser l'homme qui est son allié en ligne directe au premier degré, c'est-à-dire le père de son mari (*socer*), le fils de son mari (*privignus*), le mari de sa mère (*vitricus*), le mari de sa fille (*gener*). Enfin nous exprimerons encore la même idée sous une autre forme, en disant : Le mariage est défendu entre la *socrus* et le *gener*, entre la *privigna* et le *vitricus*, entre la *noverca* et le *privignus*, entre la *nurus* et le *socer*.

recte au second degré, c'est-à-dire la grand'mère ou la petite-fille de ma femme, la femme de mon grand-père ou celle de mon petit-fils. C'est ce que dit expressément le jurisconsulte Paul (1). — Nous savons que l'alliance suppose un mariage : je suis l'allié 1° des parents et des parentes de ma femme, 2° des personnes mariées à mes parents. Il est évident que la question de savoir si je puis épouser telle ou telle de mes alliées ne se présente qu'après la dissolution du mariage qui a produit l'alliance : tant que ce mariage subsiste, pour que je pusse épouser mon alliée, il faudrait avant tout que la polygamie fût permise. Gaius exprime très-bien cette idée, lorsqu'il dit (I, § 63) : *Item* (*prohibetur uxorem ducere*) *eam quæ nobis quondam socrus, aut nurus, aut privigna, aut noverca fuit. Ideò autem diximus* QUONDAM *quia, si adhùc constant eæ nuptiæ per quas talis adfinitas quæsita est, aliâ ratione inter nos nuptiæ esse non possunt, quia neque eadem duobus nupta esse potest neque idem duas uxores habere.* La même idée est développée dans les Institutes de Justinien (2).

Je ne puis pas épouser la fille de ma femme, ma *privigna*. Cela s'entend sans difficulté d'une fille que ma femme aurait eue d'un premier lit, avant de se marier avec moi. Mais que décider, à l'inverse, relativement à la fille que ma femme aurait eue d'un second lit, après la dissolution (par le divorce) de son mariage avec moi? Cette fille n'est réellement pas mon alliée. En effet, le divorce qui intervient entre deux époux rompt, d'une manière complète, le lien qui les unissait, et les rend absolument étrangers l'un à l'autre : il s'ensuit nécessairement que la fille dont une femme devient enceinte après le divorce ne tient en aucune façon à celui qui fut autrefois le mari de sa mère. On arriverait donc à dire que je puis épouser cette fille conçue après mon divorce : comme nous le voyons aux Institutes (3), *si uxor tua, post divortium, ex alio filiam procreaverit, hæc non est quidem privigna tua*. Mais il a paru contraire aux convenances que je pusse épouser successivement la mère et la fille : *Si uxor mea*, dit Ulpien, *post divortium alii nupserit et filiam susceperit, putat Julianus hanc quidem privignam non esse, verùm nup-*

(1) L. 14 § 4, D., *De ritu nupt.*
(2) §§ 6 et 8 *De nuptiis.*
(3) Au commencement du § 9 *De nupt.*

tiis ejus abstinendum (1). Justinien reproduit cette défense; puis il ajoute : *Nàm nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse; rectiùs tamen et jure facturos eos qui hujusmodi nuptiis se abstinuerint* (2). L'alliance se formant par le mariage, la femme qui est simplement fiancée à mon fils ou à mon père n'est point mon alliée, et cependant il m'est défendu de l'épouser. Tout cela est en harmonie avec la décision déjà donnée plus haut, suivant laquelle, lorsque j'ai adopté une femme, je ne puis pas l'épouser, même après que toute espèce de parenté entre elle et moi a été dissoute par l'émancipation.

En ligne collatérale, l'alliance fait-elle obstacle au mariage? Il ne paraît pas que cela ait jamais été admis dans l'ancien droit. Mais, en 355, l'empereur Constance défendit le mariage entre beau-frère et belle-sœur : *Etsi licitum veteres crediderunt*, dit l'empereur, *nuptiis fratris solutis ducere fratris uxorem, licitum etiam, post mortem mulieris aut divortium, contrahere cum ejusdem sorore conjugium, abstineant hujusmodi nuptiis universi, nec æstiment posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari : nàm spurios esse convenit qui nascentur* (3). La même défense se retrouve dans une Constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, qui a été insérée au Code de Justinien (4). — A cela se borne l'empêchement résultant de l'alliance en ligne collatérale : je puis très-bien épouser la femme de mon oncle ou celle de mon neveu.

Supposons qu'un homme qui a un fils d'un premier lit épouse une femme qui elle-même a déjà une fille : entre ces deux enfants y a-t-il alliance, y a-t-il obstacle au mariage? Il y a bien alliance dans le sens très-large du mot, mais non dans le sens juridique (5). Le mariage n'est donc point défendu. Justinien le déclare expressément : *Mariti filius ex aliâ uxore, et uxoris filia ex alio marito, vel contrà, matrimonium rectè contrahunt, licet habeant fratrem sororemve ex matrimonio posteà contracto natos* (6). Il peut ainsi se

(1) L. 12 § 3, D., *De ritu nupt.*
(2) Inst., *eod.* § 9 *De nupt.*
(3) L. 2, C. Th., *De incestis nupt.* (3, 12).
(4) L. 5, C., *De incestis et inutil. nupt.* (5, 5).
(5) Voy., ci-dessus, p. 258.
(6) Inst., § 8 *De nupt.* Nous trouvons aussi, au Digeste (L. 34 § 2 *De ritu nupt.*), une décision de Papinien en ce sens.

faire que, deux personnes étant légitimement mariées l'une à l'autre, un tiers se trouve être le frère de toutes deux, le frère consanguin de l'une et le frère utérin de l'autre.

— Pour que la parenté ou l'alliance puisse constituer un obstacle au mariage, est-il indispensable que cette parenté ou cette alliance dérive elle-même d'un mariage légitime, de *justæ nuptiæ?* Non : il est de principe que l'on tiendra compte ici même du lien purement naturel dérivant de l'union des sexes que le droit civil n'a point consacrée, dérivant du concubinat, ou du *contubernium*, ou d'une union tout à fait passagère : *Serviles quoque cognationes*, dit Paul, *in hoc jure observandæ sunt. Igitur suam matrem manumissus non ducet uxorem; tantumdem juris est et in sorore et sororis filiâ. Idem è contrario dicendum est, ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sunt, etsi dubitetur patrem eum esse* (1). *Undè nec vulgò quæsitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est; contrà pudorem est autem filiam uxorem suam ducere* (2). Et ce qui est vrai de la *cognatio* est également vrai de l'*adfinitas : Idem tamen,* continue Paul, *quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est, veluti, ut eam quæ in contubernio patris fuit, quasi novercam, non possim ducere; et contrà, eam quæ in contubernio filii fuerit, patrem quasi nurum non ducere. Æquè nec matrem ejus quam quis in servitute uxorem habuit, quasi socrum. Cùm enim cognatio servilis intelligitur, quarè non et adfinitas intelligatur? Sed in re dubiâ certius et modestius est, hujusmodi nuptiis abstinere* (3). L'empereur Alexandre dit, de même, que le fils ne peut pas épouser la concubine du père, *quia minùs religiosam et probabilem rem facere videtur* (4). — Au surplus, toutes les décisions qui viennent d'être rapportées au sujet de la parenté et de l'alliance purement naturelles ne sont, à vrai dire, que des applications de cette règle générale posée par le jurisconsulte Modestin : *Semper in conjunctioni-*

(1) Comp., aux Institutes, le § 10 *De nupt.*
(2) L. 14 § 2, D., *De ritu nupt.* — Voy. aussi Pomponius, L. 8 *eod. Tit.*
(3) *Ibid.* L. 14 § 3.
(4) L. 4, C., *De nupt.* (5, 4).

bus non solùm quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit (1).

Après avoir exposé jusqu'à quel point la parenté et l'alliance font obstacle au *connubium,* il reste à voir quelle est la sanction des règles établies en cette matière.

Nous voyons d'abord que le mariage contracté au mépris de la prohibition légale est frappé de nullité, d'où résulte que les effets spéciaux attachés aux *justæ nuptiæ* ne se produiront pas ici. Justinien, après Gaius, développe cette idée de la manière suivante: *Si adversùs ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir nec uxor nec nuptiæ nec matrimonium nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt, sed tales sunt, quantùm ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii quos mater vulgò concepit: nàm nec hi patrem habere intelliguntur, cùm his etiam pater incertus est: undè solent* SPURII *appellari, vel a græcâ voce quasi* σποράδην *concepti, vel quasi* SINE PATRE *filii* (2). — L'union qui aurait été ainsi contractée entre deux personnes parentes ou alliées au degré prohibé constitue ce qu'on appelle un *inceste:* comme le dit Paul, *Si quis ex his, quas moribus prohibemur uxores ducere, duxerit,* INCESTUM *dicitur committere* (3). Du reste, les jurisconsultes romains, et Paul en particulier, reconnaissaient deux espèces d'inceste : *Jure gentium incestum committit qui ex gradu ascendentium vel descendentium uxorem duxerit* (4); *qui verò ex latere eam duxerit quam vetatur, vel adfinem quam impeditur* (5), *si quidem palàm fecerit, leviùs, si verò clàm hoc commiserit, graviùs punitur. Cujus diversitatis illa ratio est circà matrimonium quod ex latere non benè contrahitur : palàm delinquentes, ut errantes, majore pœnâ excusantur; clàm*

(1) L. 197, D., *De reg. jur.*, déjà citée ci-dessus, p. 12, note 3.

(2) Inst., § 12 *De nupt.* Comp. Gaius, Comment. I, § 64.

(3) L. 39 § 1, D., *De ritu nupt.*

(4) Il n'y a pas à distinguer si c'est ma parente ou mon alliée en ligne directe que j'épouse : Papinien dit positivement que le *privignus* qui épouse sa *noverca*, le *socer* qui épouse sa *nurus*, commet un *incestum jure gentium*. Voy. L. 5 § 1, D., *De condict. sine causâ* (12, 7).

(5) Ces mots *vel adfinem quam impeditur* ont évidemment été ajoutés au texte de Paul : nous savons que, du temps des jurisconsultes, l'alliance en ligne collatérale ne faisait pas obstacle au mariage. Voy., ci-dessus, p. 266.

committentes, *ut contumaces plectuntur* (1). Ainsi, non-seulement le mariage incestueux est frappé de nullité; mais, comme l'indique le texte qui vient d'être rapporté, l'inceste peut être puni de peines plus ou moins sévères (2). C'est au point de vue de la pénalité qu'il importe de distinguer l'inceste du droit des gens, c'est-à-dire celui qui est réprouvé chez tous les peuples, et l'inceste simple, qui est une création plus arbitraire du droit positif. L'homme qui commet l'inceste du droit des gens est toujours frappé de la même peine, soit qu'il l'ait commis ouvertement et au grand jour, soit qu'il l'ait commis en cachette; au contraire, l'homme qui commet l'inceste simple sera puni plus ou moins sévèrement selon qu'il aura ou non cherché à se cacher. Ajoutez que, dans le cas d'inceste du droit des gens, la pénalité atteint la femme aussi bien que l'homme, tandis que dans le cas d'inceste simple *mulier ab incesti crimine erit excusata* (3). En effet, la règle qui défend l'union entre collatéraux est une règle de droit positif, et il est permis aux femmes d'ignorer le droit (4).

En quoi consiste précisément la pénalité prononcée contre l'inceste? Cette pénalité est pécuniaire ou corporelle. — 1° *Pécuniaire*. Nous savons déjà que, le mariage étant nul, il ne peut pas y avoir de dot. Mais que deviendraient les biens apportés au mari à titre de dot? Dès le temps des jurisconsultes, ces biens étaient confisqués : suivant l'expression de Papinien, la dot était caduque (5). La même décision est consacrée dans une Constitution des empereurs Arcadius et Honorius : après avoir supposé qu'une personne *incesti vetitique conjugii sese nuptiis funestaverit*, les empereurs ajoutent : *Dos si qua fortè solemniter aut data aut promissa fuerit, juxtà jus antiquum, fisci nostri commodis cedat* (6). Ce qu'on décide pour

(1) L. 68, D., *De ritu nupt.*

(2) Chez nous, au contraire, l'inceste n'est pas considéré comme un fait punissable.

(3) Papinien, L. 38 § 2, D., *Ad legem Juliam de adult.* (48, 5).

(4) *Mulieres, in jure errantes, incesti crimine non tenentur* (*edd.* L. 38, § 4).

(5) Papinien, L. 61, et Paul, L. 52, D., *De ritu nupt.*

(6) L. 6, C., *De incestis et inutil. nupt.* (5, 5).

C'est sans doute à cela que Justinien fait allusion lorsqu'il dit, aux Institutes § 12 *De nupt.*) : *Dissoluto tali coitu, nec dotis exactioni locus est* : il n'y a pas lieu pour la femme à recouvrer la dot. La phrase suivante (*Qui autem prohi-*

les biens apportés en dot, on le décide également pour les biens apportés par le mari à titre de *donatio antè nuptias*, et même, d'une manière générale, pour tous les biens recueillis par l'un des époux *ex alterius liberalitate* (1). La Constitution déjà citée d'Arcadius et d'Honorius enlève à la personne coupable d'inceste le droit de tester, et même le droit de laisser une succession *ab intestat*, si ce n'est au profit de certains proches parents. Enfin Justinien, dans la Novelle XII, chap. 1 et 2, prononce contre cette personne la perte de tous ses biens : *Substantia sic omissa liberis, hoc ipso sui juris effectis, si quos habet legitimos, applicetur, ut tamen pater ab eis alatur; quibus non exstantibus, fisco defertur* (2).—2° *Peine corporelle.* Du temps des jurisconsultes, il est assez difficile de reconnaître si l'inceste était puni de la déportation ou de la peine moins sévère appelée *relegatio* (3). Peut-être était-ce la déportation quand l'inceste était le plus révoltant, par exemple au cas d'union entre parents en ligne directe; peut-être aussi la déportation n'était-elle prononcée qu'autant qu'au crime d'inceste se joignait un autre crime, l'*adulterium* ou le *stuprum* (4). Il paraît même qu'on n'appliquait pas la peine de l'inceste dans tous les cas où nous avons vu que le mariage était défendu : ainsi l'empereur Alexandre dit positivement que celui qui épouse la concubine de son père encourt le *crimen stupri*, non le *crimen incesti* (5). Justinien, dans la Novelle XII, chap. 1, punit l'inceste de l'exil et, s'il y a lieu, de la dégradation militaire (*cinguli privatio*); il ajoute la *verberatio* pour le cas où le coupable est *vilis*. Enfin, dans la Novelle CXXXIV, il va jusqu'à prononcer la peine de mort contre ceux qui à l'avenir contracteraient des unions incestueuses.

bitas nuptias contrahunt, et alias pœnas patiuntur, quæ sacris Constitutionibus continentur) se réfère à cette L. 6, ainsi qu'à la L. 4 *eod. Tit.*, dont je vais parler immédiatement.

(1) Valentinien, Théodose et Arcadius, L. 4, C., *De incestis et inut. nupt.* : ... *Ut indigno indignæve sublatum, fisco vindicari sancimus.*

(2) Voy. l'*Authentique*, à la suite de la L. 6, C., *De inc. et inut. nupt.*

(3) Paul, dans ses *Sentences*, paraît se contredire sur ce point : voy., d'une part, Liv. II, Tit. XXVI, § 15, et, d'autre part, Liv. II, Tit. XIX, § 5, et Tit. XXVI § 14.

(4) En ce dernier sens, voy. Marcien, L. 5, D., *De quæstionibus* (48, 18).

(5) L. 4, C., *De nupt.* — Sur le *stuprum*, qui avait été prévu par la loi Julia *De adulteriis*, voy., aux Institutes, § 4 *De publ. judic.* (IV, 18).

Il est de principe, en droit français, qu'un mariage nul produit cependant ses effets civils, tant à l'égard de l'époux qui l'a contracté de bonne foi qu'à l'égard des enfants qui en sont issus (1). Nous trouvons en droit romain quelque chose d'analogue. Le jurisconsulte Marcien rapporte un rescrit des empereurs Marc-Aurèle et Lucius Verus, adressé à une femme qui avait épousé son oncle maternel : « Nous sommes touchés, disent les empereurs, du temps pendant lequel, ignorant le droit, vous êtes restée unie à votre oncle, de la circonstance que vous avez été mariée par votre aïeule, enfin du nombre de vos enfants. Eu égard à tout cela, nous confirmons l'état de vos enfants, issus d'une union contractée il y a quarante ans, et nous voulons qu'ils soient traités comme s'ils avaient été légitimement conçus » (2). De même, les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, après avoir prononcé la confiscation de tous les biens donnés à l'occasion d'un mariage incestueux, ajoutent cette restriction remarquable : *Exceptis tàm feminis quàm viris qui, aut errore acerrimo, non affectato insimulatove, neque ex vili causâ, decepti sunt aut ætatis lubrico lapsi : quos tamen ità demùm legis nostræ laqueis eximi placuit si, aut errore comperto, aut ubi ad legitimos pervenerint annos, conjunctionem hujusmodi sine ullâ procrastinatione diremerint* (3).

La parenté ou l'alliance forme certainement le principal obstacle au *connubium ;* mais ce n'est pas le seul : *Sunt et aliæ personæ*, dit Justinien, *quæ propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digestorum seu Pandectarum ex veteri jure collectarum enumerari permisimus* (4). J'indiquerai rapidement quatre cas :

1° D'après la loi des douze Tables, il ne pouvait pas y avoir mariage entre patriciens et plébéiens. Cette prohibition fut supprimée dès l'an 309 ou 310 de la fondation de Rome, par un plébiscite connu sous le nom de *lex Canuleia* (5). Le mariage resta prohibé

(1) Voy. les art. 201 et 202 du Code Napoléon.
(2) L. 57 § 1, D., *De ritu nupt.*
(3) L. 4 *in fine*, C., *De inc. et inut. nupt.*
(4) Inst., § 11 *De nupt.*
(5) Cicéron dit, en parlant des seconds Décemvirs : *Qui, duabus Tabulis iniquarum legum additis, quibus, etiam quæ disjunctis populis tribui solent, connubia, hæc illi ut ne plebei cum patribus essent, inhumanissimâ lege sanxerunt; quæ*

entre ingénus et affranchis, et nous savons qu'un Sénatusconsulte spécial fut nécessaire pour que l'affranchie Hispala Fecennia pût épouser un ingénu (1). — Sous Auguste, la loi Julia *de maritandis ordinibus*, complétée par la loi Papia Poppæa, établit des règles nouvelles en matière de mariage. La loi Julia contenait la disposition suivante : « Un sénateur, son fils ou son petit-fils né de son fils, ne peut prendre pour fiancée ni pour femme une affranchie, une personne qui est ou qui a été comédienne, une personne dont le père ou la mère *artem ludicram facit vel fecit*. Réciproquement, la fille d'un sénateur, ou sa petite-fille issue de son fils, ne peut se fiancer ni se marier à un affranchi, à celui qui est ou a été comédien, ni à celui dont le père ou la mère *artem ludicram facit vel fecit* » (2). Quant à la loi Papia, elle pose en principe que tout ingénu peut épouser une affranchie, à moins qu'il ne soit sénateur ou fils de sénateur (3). Il faut bien remarquer que les lois Julia et Papia ne prononcent pas la nullité du mariage qui serait contracté au mépris de leurs prohibitions : un pareil mariage, valable en principe, est seulement destitué de certains effets spéciaux. Par exemple, les époux ne peuvent recevoir aucune libéralité l'un de l'autre : *Aliquandò*, dit Ulpien, *nihil inter se capiunt, id est, si contrà legem Juliam Papiamque Poppæam contraxerint matrimonium, verbi gratiâ si famosam quis uxorem duxerit aut libertinam Senator* (4). De même, celui qui a trois enfants légitimes peut s'excuser de la tutelle : certains jurisconsultes pensaient que ces enfants doivent être issus d'un mariage conforme aux lois Julia et Papia; mais, suivant d'autres, *justorum liberorum mentio ità accipienda est, ut secundùm jus civile quæsiti sint*, c'est-à-dire qu'il suffit que

posteà plebiscito Canuleio abrogata est (*De republ.*, II, 37). Voy. aussi Tite-Live, IV, nos 1 et suiv.

(1) Voy., ci-dessus, p. 178. Nous parlerons plus tard d'autres priviléges qui furent accordés par le même sénatusconsulte à l'affranchie Hispala Fecennia.

(2) L. 44, D., *De ritu nupt.* Cette L. 44 est extraite du commentaire de Paul *ad leg. Juliam et Papiam.* — Voy. aussi *Fragm. d'Ulpien,* Tit. XIII. Après avoir parlé des sénateurs et de leurs fils, Ulpien ajoute (§ 2) que même les autres ingénus ne peuvent pas épouser certaines femmes, celle qui a été *in adulterio deprehensa,* celle qui a été *judicio publico damnata,* etc

(3) Celsus, L. 23, D., *De ritu nupt.*

(4) *Fragments*, Tit. XVI, § 2.

les enfants soient légitimes d'après l'ancien droit civil (1). Du reste, ces mariages qui originairement étaient valables furent ensuite frappés de nullité : *Oratione Divi Marci*, dit Paul, *cavetur ut, si Senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiæ essent; quam et Senatus-consultum secutum est* (2). Au surplus, la prohibition pouvait être levée par une faveur spéciale de l'empereur : comme le dit Ulpien, dans son commentaire sur la loi Julia et Papia, *si Senatori, indulgentiâ Principis, fuerit permissum libertinam justam uxorem habere, potest justa uxor esse* (3).

Justinien, qui avait épousé une comédienne, modifia en partie l'état de choses qui vient d'être indiqué. Relativement aux femmes *quæ scenicis ludis sese immiscuerunt, posteà verò, spretâ malâ conditione, ad meliorem migravêre sententiam et inhonestam professionem effugerunt*, il décide qu'elles pourront désormais contracter un mariage légitime, *omni maculâ penitùs direptâ, et quasi suis natalibus hujusmodi mulieribus redditis*, à la condition toutefois que le mariage sera prouvé par un *dotale instrumentum* (4). — Une Constitution de l'an 454, des empereurs Valentinien et Marcien, donnait la liste des femmes *humiles abjectæque* qui ne peuvent être épousées par les Sénateurs ni par les personnages *quibuscumque amplissimis dignitatibus præditi* : cette liste comprend notamment les affranchies et les comédiennes (5). Justinien, dans la Novelle 117, chap. VI, supprime complétement la prohibition dont il s'agit; il exige seulement que, dans le cas prévu, il y ait toujours un *instrumentum dotale* (6).

2° Je ne puis pas épouser la femme dont j'ai été le tuteur, dont je suis ou dont j'ai été le curateur, ni celle dont mon père a été le tuteur, dont mon père est ou a été le curateur, tant que cette femme n'a pas vingt-six ans accomplis; par exception, je pourrais l'épouser si elle m'avait été fiancée par son père ou destinée par testament. En cas de contravention à la règle, le mariage est nul, les contrevenants encourent l'infamie et sont punis par le magis-

(1) *Fragm. du Vatican*, § 168.
(2) L. 16 pr. *De ritu nupt.* Voy. aussi Modestin, L. 42 § 1 *eod. Tit.*
(3) L. 31, D., *De ritu nupt.*
(4) L. 23 § 1, C., *De nupt.* (5, 4).
(5) L. 7, C., *De inc. et inut. nupt.* (5, 5).
(6) Sur l'histoire des prohibitions établies par les lois Julia et Papia, voy. M. de Savigny, *System*, t. II, append. VII.

trat *pro dignitate pupillæ*. On avait même admis que je ne puis pas épouser la mineure dont mon patron a la curatelle (1). — Le principe de ces prohibitions se trouve dans un Sénatusconsulte rendu sur la proposition de Marc-Aurèle. Elles sont fondées sur la crainte que le tuteur ou curateur ne pût, au moyen du mariage dont il s'agit, échapper à l'obligation de rendre ses comptes (2). — Nous pouvons remarquer dès à présent que, lorsqu'un mariage a été contracté en contravention au Sénatusconsulte, le mari ne peut pas recevoir *ex testamento mulieris*, tandis que la femme peut très-bien recevoir *ex testamento viri*. En effet, comme le dit le jurisconsulte Marcien, *delinquunt qui prohibitas nuptias contrahunt, et meritò puniendi sunt; quod imputari non potest mulieri, quæ a tutore decepta est* (3).

3° Des *mandata*, c'est-à-dire des instructions émanées de l'empereur, défendaient au citoyen investi d'une fonction dans une province (*officium in aliquâ provinciâ administrans*) d'épouser une femme originaire de cette province ou y ayant son domicile (*indè oriundam vel ibi domicilium habentem*); il y avait seulement exception pour le cas d'une femme qui lui aurait été fiancée avant sa nomination (4). Le fonctionnaire ne peut pas non plus consentir au mariage de son fils avec une femme que lui-même ne pourrait pas épouser (5). Le mariage contracté au mépris de la prohibition dont il s'agit est nul; il devient valable *post depositum officium*, si les parties persévèrent dans la volonté d'être mariées l'une à l'autre (6). — Quel peut être le motif de cet empêchement? D'abord

(1) Paul, LL. 36 et 37, D., *De ritu nupt.*, et L. 66 *eod. Tit.* Voy. aussi, au Code, le Titre *De interd. matrim. inter pupillam et tut. seu curat. filiosque eorum* (5, 6).

(2) Callistrate, L. 64 § 1, D., *De ritu nupt.*; Tryphoninus, L. 67 § 3 *in fine*, *eod. Tit.*

(3) L. 128, D., *De legatis* 2°.

Sur différentes questions auxquelles pouvait donner lieu l'application du Sénatusconsulte, voy. encore Paul, LL. 59 et 60 *De ritu nupt.*

(4) On peut voir une deuxième exception dans la faculté laissée au soldat *qui in patriâ suâ militat* d'épouser une femme *ex eâdem provinciâ*. Comp. L. 38 pr. et § 1, L. 65 pr., D., *De ritu nupt.*

(5) Marcien, L. 57 pr., D., *De ritu nupt.* Comp. Paul, L. 38 § 2 *eod. Tit.*

(6) Papinien, L. 63 *De ritu nupt.*; Paul, L. 65 § 1 *eod. Tit.* La décision de Paul est expressément confirmée par l'empereur Gordien, L. 6, C., *De nupt.*

il serait à craindre que le fonctionnaire n'abusât de sa puissance pour épouser ou pour faire épouser à son fils une femme à laquelle répugnerait une pareille union. Mais surtout les Romains pouvaient redouter que le fonctionnaire, une fois marié dans sa province, ne devînt moins dévoué et moins obéissant au gouvernement impérial, qu'il n'eût quelque velléité d'indépendance ou de révolte (1).

4° Sous les empereurs chrétiens, le mariage fut défendu pour cause de différence de religion. En 339, une Constitution de l'empereur Constance défend aux Juifs *ne christianas mulieres suis jungant flagitiis*, et veut qu'en cas de contravention *capitali periculo subjugentur* (2). En 388, les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius défendent en termes généraux le mariage entre deux personnes dont l'une serait juive et l'autre chrétienne ; ils ajoutent qu'en cas de contravention il y aura lieu au *crimen adulterii* (3). Il faut remarquer que c'est seulement le mariage avec les Juifs, non le mariage avec les hérétiques, qui est ainsi prohibé.

Quelques mots maintenant sur les différents modes de dissolution du mariage.

Dirimitur matrimonium, dit Paul, *divortio*, *morte*, *captivitate vel aliâ contingente servitute*, *utrius eorum* (4).

Dès que l'un des époux perd la liberté, le mariage est nécessairement dissous : il ne peut pas subsister entre deux personnes dont l'une est esclave. Au contraire, le mariage n'est pas dissous par cela seul que l'un des époux perd le droit de cité (5). C'est du moins ce que décide l'empereur Alexandre : *Matrimonium quidem*, dit-il, *deportatione*, *vel aquæ et ignis interdictione*, *non solvitur*, *si casus in quem maritus incidit non mutet uxoris adfectionem*... (6).

(1) On explique par les mêmes motifs la défense que les *mandata* faisaient également au fonctionnaire d'acquérir des biens dans la province. Voy. Ulpien, L. 6 § 3, D., *De off. Procons.* (1, 16).

(2) L. 6, C. Th., *De Judæis* (16, 8).

(3) L. 2, C. Th., *De nupt.* (3, 7), et L. 6, C. J., *De Judæis* (1, 9).

(4) L. 1, D., *De divortiis* (24, 2).

(5) Nous savons que le mariage pourrait même commencer *inter cives et peregrinos* moyennant concession spéciale du *connubium*.

(6) L. 1, C., *De repudiis* (5, 17). Voy. aussi Ulpien, L. 5 § 1, D., *De bonis damnat.* (48, 20).

Arrêtons-nous un instant sur le divorce. D'après le témoignage de Plutarque, Romulus avait établi que le mari pouvait répudier la femme coupable de certains méfaits ; que, s'il la répudiait sans raison, il serait puni pécuniairement. D'un passage de Cicéron il est permis de conclure que la loi des douze Tables admettait le divorce (1). Cependant on dit communément que le premier divorce eut lieu vers l'an 520 de la fondation de Rome. Voici notamment ce que nous lisons dans Valère Maxime : *Repudium inter uxorem et virum a conditâ Urbe usque ad vicesimum et quingentesimum annum, nullum intercessit ; primus autem Spurius Carvilius uxorem, sterilitatis causâ, dimisit...* (2). Mais, dans un autre passage, le même auteur raconte ce qui suit : *Valerius Maximus et Junius Bubulius Brutus censores L. Antonium senatu moverunt, quòd, quam virginem in matrimonium duxerat, repudiâsset, nullo amicorum in consilium adhibito* (3) ; or, ce dernier fait paraît se rapporter à l'an 447 de la fondation de Rome.

Vers la fin de la République, rien de plus commun que de voir l'un des époux répudier l'autre. Du reste, certaines peines pécuniaires atteignaient celui à qui le divorce était imputable ; et, à ce point de vue, il y avait intérêt à rechercher si la répudiation n'avait pour cause que le caprice de l'un des époux, si elle avait été motivée par la conduite de l'autre, ou si enfin elle tenait à des circonstances qui ne constituaient une faute de la part d'aucun des époux (4). — La loi Julia *de adulteriis* subordonna la validité de la répudiation à l'emploi de certaines formes : *Lex Julia de adulteriis*, dit Ulpien, *nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto*

(1) Cicéron dit, en parlant d'Antoine : *Mimam suam suas res sibi habere jussit ex duodecim Tabulis. Claves ademit; exegit. Quàm porrò spectatus civis! quàm probatus! cujus ex omni vitâ nihil est honestius quàm quod cum mimâ fecit divortium!* (Philipp. II, 28.)

(2) *Factorum dictorumque memorabilium* Liv. II, Ch. I, n° 4. D'après Aulu-Gelle (*Nuits att.*, XVII, 21), *Sp. Carvilius Ruga primus Romæ, de amicorum sententiâ, divortium cum uxore fecit...* Comp. le même Aulu-Gelle, IV, 3.

(3) Liv. II, Ch. IX, n° 2.

(4) *Sæpè evenit uti propter sacerdotium, vel etiam sterilitatem, vel senectutem aut valetudinem aut militiam, satis commodè retineri matrimonium non possit. Et ideò bonâ gratiâ matrimonium dissolvitur.* Voy. LL. 60 § 1, 61 et 62 pr., D., *De don. int. vir. et ux.* (24, 1).

habet (1). En quoi consistaient ces formes? Dans l'intervention de sept témoins citoyens romains, *præter libertum ejus qui divortium faciet* (2). Il y avait de plus un acte de répudiation, *libellus repudii;* et les empereurs Théodose et Valentinien en font une condition essentielle du divorce : *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi, præcipimus: solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum* (3). Du reste, quelles que soient les formes exigées pour le divorce, il est encore vrai de dire dans le droit de Justinien ce que disait l'empereur Alexandre : *Libera matrimonia esse antiquitùs placuit : ideòque pacta, ne liceret divertere, non valere; et stipulationes, quibus pœnæ irrogarentur ei qui quæve divortium fecisset, ratas non haberi constat* (4).

La règle d'après laquelle l'un des époux peut toujours répudier l'autre souffrait une exception en ce qui concerne l'affranchie épousée par son patron. La loi Julia et Papia Poppæa contenait une disposition ainsi conçue: *Divortii faciendi potestas libertæ, quæ nupta est patrono, ne esto, quamdiu patronus eam uxorem esse volet.* Nous avons, au Digeste, un commentaire d'Ulpien sur cette disposition (5).

Nous savons déjà qu'anciennement, lorsque l'un des époux était soumis à la puissance paternelle, le père pouvait, par sa seule volonté, répudier l'autre époux. Mais ce principe avait été supprimé par des Constitutions d'Antonin le Pieux et de Marc-Aurèle (6).

— J'indiquerai maintenant deux cas de dissolution du mariage qui présentent une très-grande analogie avec le cas de répudiation :

Dans l'ancien droit, lorsqu'un ingénu avait épousé une affranchie (et depuis la loi Julia il avait pu l'épouser très-valablement), si cet ingénu devenait ensuite sénateur, ne fallait-il pas dire que le mariage était dissous à l'instant même? C'est effectivement ce que décidaient les jurisconsultes, *quia lex Papia inter senatores et libertas*

(1) L. un. § 1, D., *Undè vir et uxor* (38, 11).
(2) Paul, L. 9, D., *De divortiis* (24, 2).
(3) L. 8 pr., C., *De repud.* (5, 17).
(4) L. 2, C., *De inutil. stipul.* (8, 39).
(5) L. 11 *De divort.* (24, 2). Voy. aussi Modestin, L. 10 *eod. Tit.*
(6) Voy., ci-dessus, p. 254 et 255.

stare connubio non patitur. Le citoyen marié à une affranchie, qui connaît cette disposition et qui néanmoins accepte la dignité de sénateur, doit être considéré comme répudiant par là même sa femme. Semblablement, si la fille d'un ingénu a épousé un affranchi et qu'ensuite ce père ingénu soit nommé sénateur, le mariage est dissous; et cela s'explique surtout très-bien à l'époque où le père de la femme pouvait répudier son gendre *etiam invitâ filiâ*. — Justinien a supprimé cette double cause de dissolution du mariage : *melius est*, dit-il, *legis Papiæ severitatem in utroque casu compescere* (1).

Un cas analogue, que j'ai déjà eu l'occasion d'indiquer (2), ressort d'un passage du jurisconsulte Tryphoninus. Ce passage étant un peu obscur, je donne d'abord le texte latin, puis la traduction française : *Videamus, si Titius filius duxerit uxorem eam quæ tua pupilla fuit, deindè Titium vel filium ejus adoptaveris, an pereuntur nuptiæ, ut in genero adoptato dictum est, an adoptio impeditur? Quod magis dicendum est, et si curator, dùm gerit curam, adoptaverit maritum ejus puellæ cujus curator est. Nàm, finitâ jàm tutelâ et nuptâ puellâ alii, vereor ne longum sit adoptionem mariti ejus impedire, quasi propter hoc interponatur ut ratio tutelæ reddendæ cohibeatur. Quam causam prohibitionis nuptiarum contrahendarum oratio Divi Marci continet* (3). Voici la traduction à laquelle je me suis arrêté : « Si le « fils de Titius a épousé une femme qui a été votre pupille, et « qu'ensuite vous adoptiez Titius ou son fils, devrons-nous dire que « le mariage est dissous, comme on le décide au cas où un homme « adopte son gendre, ou bien au contraire que l'adoption sera « nulle ? La question sera soulevée à plus forte raison si un cura- « teur, à l'époque où il administre encore, adopte le mari de celle « dont il est curateur. Mais, la tutelle une fois finie et la jeune « fille mariée à un tiers, je crains qu'on n'allât trop loin en tenant « pour nulle l'adoption de son mari, sous prétexte qu'elle n'inter- « vient que pour éluder l'obligation de rendre le compte de tu- « telle. Du reste, c'est bien là le motif qui fait prohiber le mariage,

(1) L. 28, C., *De nupt.* (5, 4).
(2) Voy., ci-dessus, p. 261.
(3) L. 67 § 3, D., *De ritu nupt.*

« comme l'indique le discours de présentation de l'empereur Marc-
« Aurèle (1). »

On le voit, Tryphoninus, dans ce texte, ne traite qu'incidemment la question de savoir ce qui arrive lorsqu'un homme adopte son gendre sans avoir au préalable émancipé sa fille. Mais il énonce de la manière la plus positive qu'on avait admis que cette adoption a pour effet de dissoudre le mariage. Et, en effet, le mari, qui peut toujours répudier sa femme, manifeste suffisamment sa volonté de la répudier lorsqu'il consent à être adopté par son beau-père. Nous avons ici encore une sorte de répudiation tacite.

— Pour terminer ce que j'avais à dire sur la dissolution du mariage, je ferai remarquer qu'en cas de mort du mari, la veuve doit laisser passer au moins un an avant de contracter une nouvelle union. D'après Plutarque, Numa serait l'auteur d'une loi prescrivant de porter le deuil des morts pendant un certain temps et défendant à la veuve de se remarier avant l'expiration du temps pendant lequel elle devait porter le deuil de son mari. L'année, chez les Romains, était primitivement de dix mois. Le délai de viduité était aussi de dix mois; c'est seulement par une Constitution, de l'an 381, des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, qu'il fut fixé à douze mois (2).

Quel est le motif de cette prohibition adressée à la veuve? Ce n'est point le respect dû à la mémoire des morts; c'est bien plutôt le désir d'éviter la confusion de part, la *turbatio sanguinis* (3). Aussi voyons-nous, d'une part, que la prohibition subsiste même au cas où la veuve ne doit pas porter le deuil de son mari (4); et, d'autre part, que la prohibition s'évanouit, et que la veuve peut se remarier avant l'expiration de l'année, si elle accouche, cas auquel il ne peut plus y avoir *turbatio sanguinis* (5). — Cela étant, on pourrait

(1) Il a été question du Sénatusconsulte rendu sur la proposition de Marc-Aurèle, ci-dessus, p. 273 et 274.

(2) L. 2, C., *De secundis nupt.* (5, 9).

(3) Voy. Ulpien, L. 11 § 1, D., *De his qui not. inf.* (3, 2).

(4) Par exemple, le mari ayant été condamné pour crime de haute trahison, ou s'étant donné la mort *non tædio vitæ, sed malâ conscientiâ* : L. 11 § 3 *eod. Tit.*

(5) *Eód.* L. 11 § 2. — Le mariage pourrait également avoir lieu avant l'expiration du *legitimum tempus*, moyennant une permission spéciale de l'empereur : voy. Paul, L. 10 pr. *eod. Tit.*

croire que, non-seulement au cas de mort du mari, mais également au cas de divorce, il doit être défendu à la femme de se remarier immédiatement après la dissolution de son premier mariage. Cependant les jurisconsultes ne mentionnent jamais la prohibition qu'en se référant au cas où le premier mariage a été dissous par la mort du mari, et il paraît bien que jusqu'aux empereurs chrétiens la femme divorcée pouvait prendre un nouveau mari immédiatement après le divorce. D'après une Constitution de Constantin, la femme qui envoie le *repudium* au mari sans des motifs très-graves doit être déportée, ce qui la rend incapable de contracter mariage; si c'est le mari qui répudie sa femme sans motifs très-graves, il lui est interdit de se remarier (1). Des règles nouvelles sont posées dans une Constitution, de l'an 421, des empereurs Honorius, Théodose et Constance: la femme qui divorce sans aucuns motifs légitimes est déportée; si elle n'a que des motifs peu graves, elle perd sa dot, et il lui est interdit de se remarier; enfin, si elle a des motifs sérieux, elle pourra se remarier *post quinquennium a repudii die*. D'après la même Constitution, si le mari répudie sa femme sans motifs légitimes, il est condamné à un célibat perpétuel, et la femme qu'il a ainsi répudiée peut se remarier au bout d'un an (2). Je citerai encore une Constitution, de l'an 449, des empereurs Théodose et Valentinien, qui figure au Code de Justinien, et d'après laquelle la femme qui répudie son mari pour cause légitime ne peut se remarier qu'au bout d'un an, *ne quis de prole dubitet* (3); et une Constitution de l'empereur Anastase, qui pose la même règle pour le cas où le divorce a eu lieu *communi consensu* (4).

Quelle est la sanction de la règle qui défend à la veuve de se remarier dans l'année de deuil? Ce n'est point la nullité du mariage contracté au mépris de cette défense. La seule sanction, c'est la peine de l'infamie, qui, d'après l'Édit du Préteur, est encourue par le nouveau mari, *si non jussu ejus, in cujus potestate est, uxorem duxerit;* par son père, si ce nouveau mari est *filiusfamiliâs;* par

(1) L. 1, C. Th., *De repudiis* (3, 16).
(2) L. 2 *eod. Tit.*
(3) L. 8 § 4, C., *De repudiis* (5, 17).
(4) L. 9 *eod. Tit.*

le père de la femme, si elle est *filiafamiliâs* (1). L'infamie est également encourue par la femme elle-même qui se remarie prématurément, du moins lorsqu'elle est *sui juris* (2). Il paraît, du reste, que c'est seulement depuis la loi Julia que la femme a ainsi encouru l'infamie, et qu'elle ne l'encourt plus dans le droit de Justinien (3).

2° *Enfants légitimés.*

Nous disons qu'il y a *légitimation* lorsque j'acquiers la puissance paternelle sur mon enfant, non pas dès l'instant de sa naissance, mais seulement à une époque postérieure. Gaius, et, après lui, Justinien, expriment cette idée dans les termes suivants : *Aliquandò evenit ut liberi qui, statim ut nati sunt, parentûm in potestate non fiant, posteà tamen redigantur in potestatem* (4). Et la même idée est encore énoncée, au Code de Justinien, par cette expression : *Liberi justi efficiuntur* (5).

Du temps des jurisconsultes, j'acquiers la puissance paternelle sur mon enfant conçu en dehors des *justæ nuptiæ*, soit dans le cas de la *causæ probatio* (6), soit dans le cas de l'*erroris causæ probatio* (7). Ces deux cas nous sont déjà suffisamment connus (8). Nous savons aussi que, lorsqu'un pérégrin obtient la *civitas romana cum filiis suis*, il n'acquiert la puissance paternelle qu'autant que l'empereur l'a expressément déclaré, et même, lorsqu'un pérégrin obtient la *civitas romana cum uxore prægnante*, il n'aura pas de plein droit la puissance paternelle sur l'enfant que sa femme mettra au monde (9).

Mais nous devons ici nous occuper spécialement de la légitima-

(1) L. 1, D., *De his qui not. inf.* (3, 2).
(2) Ulpien, L. 11 § *eod. Tit.* Voy. aussi les *Fragm. du Vatican*, § 320 *in fine*.
(3) Voy. M. de Savigny, *System*, t. II, append. VII.
(4) Gaius, I, 65; Inst., § 15 *De nupt.*
(5) Liv. V, Tit. 27, rubrique.
(6) Voy. Gaius, I, § 66 et §§ 29-32.
(7) Gaius, I, §§ 67 et suiv.
(8) Voy., ci-dessus, p. 197.
(9) Voy. Gaius, I, §§ 93 et 94; et, ci-dessus, p. 237 et 238.

tion proprement dite, qui a été établie et réglementée par les empereurs chrétiens.

Les Institutes de Justinien (§ 13 *De nupt.*) mentionnent deux modes de légitimation, l'*oblation à la curie* et le *mariage subséquent*. Avant d'étudier en détail chacun de ces modes, nous ferons une observation commune, qui s'applique également à l'un et à l'autre. C'est que la légitimation n'a d'effet qu'en ce qui concerne les rapports de l'enfant avec son père. La légitimation de l'enfant n'a aucune espèce d'influence sur ses rapports avec sa mère : vis à vis de sa mère, l'enfant est après la légitimation ce qu'il était auparavant. En effet, nous aurons plus d'une fois occasion de reconnaitre que, dans les idées romaines, quand on considère les enfants au point de vue de leur père, ils peuvent être légitimes, naturels, c'est-à-dire issus du concubinat, ou enfin *vulgò concepti*, c'est-à-dire sans père connu, mais qu'au point de vue de la mère il n'y a pas à distinguer plusieurs classes d'enfants.

1° *Légitimation par oblation à la curie.* — Ce premier mode de légitimation a été établi et organisé, en 442, par une Constitution des empereurs Théodose et Valentinien (1). Pour bien s'en rendre compte, il faut savoir que les membres de la curie, dans chaque ville, étaient soumis à des charges fort lourdes : on leur demandait une grande dépense de temps et d'argent, et leur responsabilité était énorme. Ainsi, ce sont eux ou certains d'entre eux qui doivent faire rentrer les impôts publics (*tributa exigere*), et ils répondent sur leurs biens du recouvrement (2). De plus, eux seuls sont tenus des impôts extraordinaires, de l'*aurum coronarium* (3). — On comprend, d'après cela, que, pour faire partie de la curie, il fallait avoir une fortune assez importante ; et nous voyons les empereurs Constance et Constant décider que celui qui possède une certaine fortune territoriale ne peut sous aucun prétexte échapper au *curiale consortium* (4). Les *curiales* étant riches, il était naturel d'appliquer à leurs dépens cette maxime de l'empereur Constantin : *Opulentos sæculi subire necessitates oportet* (5). Il importait aussi au fisc

(1) L. 3, C., *De natural. liberis* (5, 27).
(2) Voy. Arcadius Charisius, L. 18 § 26, D., *De muner. et honor.* (50, 4).
(3) Valentinien et Valens, L. 3, C. Th., *De auro coronario* (12, 13).
(4) L. 33, C. Th., *De decurion.* (12, 1),
(5) L. 6, C. Th., *De episcopis* (16, 2).

qu'ils ne pussent dissimuler leur richesse, et, en conséquence, il leur était défendu de vendre leurs biens (1). Enfin on peut remarquer qu'à la mort d'un *curialis*, s'il ne laissait point d'héritier, la curie lui succédait préférablement au fisc (2), et s'il ne laissait pas de fils *curialis*, elle prenait un quart de ses biens (3).

En présence de ces règles, il était difficile de recruter la curie, et nous voyons que les *curiales* cherchaient par tous les moyens à échapper aux conséquences de leur qualité : *Multi, patrias deserentes*, disent les empereurs Léon et Majorien, *natalium splendore neglecto, occultas latebras et habitationem elegerunt juris alieni*... (4). La légitimation des enfants naturels par *oblation à la curie* fut une des mesures imaginées par les empereurs pour contrebalancer les effets de cette aversion trop bien motivée. Voici seulement les premiers mots de la Constitution, déjà citée, où nous trouvons l'origine de cette légitimation : *Si quis naturalem duntaxat fecunditatem sortiatur, seu liber ipse, seu curiæ sit nexibus obligatus, et tradendi filios naturales, vel omnes, vel quos quemque maluerit, ejus civitatis curiæ undè ipse oritur, et in solidum heredes scribendi liberam ei concedimus facultatem*. On voit que les empereurs Théodose et Valentinien exigent de celui qui veut légitimer ainsi son enfant naturel qu'il n'ait point de postérité légitime ; mais cette exigence a été ensuite supprimée par Justinien, *quoniam omni modo favendum est curiis civitatum* (5). — Quant à la fille naturelle, Théodose et Valentinien décident qu'elle est légitimée par cela seul qu'elle épouse un *curialis* : *Quid enim interest*, disent-ils, *utrùm per filios an per generos commoditatibus civitatum consulatur? et utrùm novos lex faciat curiales, aut foveat quos invenit?* Ces expressions montrent très-bien quel but poursuivait le législateur en établissant la légitimation dont il s'agit.

Quels sont précisément les effets de cette légitimation ? Nous le savons déjà, l'enfant légitimé n'acquiert aucun droit nouveau vis à

(1) Voy., au Code de Justinien, le Titre *De prædiis decurionum sine decreto non alienandis* (10, 33).

(2) Théodose et Valentinien, L. 4, C., *De hered. decur.* (6, 62).

(3) Théodose et Valentinien, LL. 1 et 2, C., *Quandò et quib. quarta pars* (10, 34).

(4) Novelles de Majorien, Tit. VII, *De curialibus*.

(5) L. 9 § 3, C., *De natural. lib.* (5, 27).

vis de sa mère, ni, par conséquent, vis à vis des parents de sa mère. La condition de l'enfant légitimé n'est pas non plus changée par rapport aux parents de son père : entre eux et lui la légitimation ne fait naître aucun droit de successibilité (1). Mais, vis à vis de son père, l'enfant naturel acquiert par la légitimation tous les droits d'un enfant légitime. Seulement, lorsqu'un homme meurt laissant des enfants légitimes et un enfant légitimé, celui-ci ne peut avoir dans les biens paternels qu'une part d'enfant légitime le moins prenant : *Minimè patri licet,* dit Justinien, *per donationem vel ultimam voluntatem, ampliùs eidem filio naturali dare vel relinquere quàm uni filio ex legitimo matrimonio procreato dederit vel reliquerit, cui minima portio data vel relicta sit* (2).

Dans la Novelle 89, chap. 2-7, Justinien a réglementé d'une manière complète la légitimation par oblation à la curie. Je me borne à signaler spécialement la disposition d'après laquelle un enfant naturel peut, son père étant mort sans laisser de postérité légitime, s'offrir lui-même à la curie et devenir ainsi *legitimus* et *curialis*.

2° *Légitimation par mariage subséquent.* — L'empereur Constantin avait promulgué une Constitution *super ingenuis concubinis ducendis uxoribus, filiis quin etiam ex iisdem, vel antè matrimonium vel posteà progenitis, suis ac legitimis habendis* (3). Le texte original de cette Constitution ne nous est pas parvenu. En 476, l'empereur Zénon annonce qu'il veut renouveler la Constitution de Constantin, et il décide que ceux qui ont actuellement des enfants naturels issus de femmes ingénues (4) pourront, *si voluerint eas uxores ducere quæ anteà fuerant concubinæ*, acquérir la puissance paternelle sur ces enfants ; l'empereur ajoute que le bénéfice dont il s'agit ne pourra être invoqué que par les individus ayant actuellement un ou plusieurs enfants naturels, non par ceux qui en auraient plus tard, de sorte que la Constitution de Zénon n'est en réa-

(1) Justinien, L. 9 pr., C., *De natur. lib.*

(2) L. 9 § 3 *in fine*, C., *eod. tit.*

(3) Ce sont les termes mêmes qu'emploie l'empereur Zénon, L. 5, C., *De natur. lib.*

(4) Il y avait eu entre le père et la mère concubinat; c'est improprement que Zénon emploie l'expression *contubernium*.

lité qu'une loi transitoire (1). Mais le principe de la légitimation par mariage subséquent est posé d'une manière générale, et comme devant s'appliquer à l'avenir, dans une Constitution de l'empereur Anastase rendue en 508 ; et ce même principe est consacré dans la législation justinienne, sans aucune restriction quant à la durée (2).

Quelles conditions sont requises pour qu'il puisse y avoir légitimation par mariage subséquent ?

Anastase exigeait positivement que l'homme qui épouse sa concubine pour légitimer les enfants qu'elle lui a donnés n'eût pas déjà des enfants légitimes issus d'un précédent mariage. Dans le droit de Justinien, cette condition est-elle encore exigée ? Justinien lui-même nous apprend que des doutes s'étaient élevés à cet égard, et il les tranche en décidant que même celui qui a déjà une postérité légitime peut légitimer par mariage ses enfants naturels (3).

Pour la légitimation d'un enfant naturel, il ne faut pas seulement un mariage valable ; il faut encore que ce mariage fût possible lors de la conception de l'enfant. Tel paraît bien être le sens de cette petite phrase de notre § 13, aux Institutes : *Matrimonium minimè legibus interdictum fuerat;* et Justinien, dans la L. 11 *De natur. lib.*, suppose expressément un homme qui a des enfants naturels d'une femme *cum quâ poterat habere connubium.* En conséquence, si le citoyen qui exerce une fonction *in provinciâ* vit en concubinat avec une femme de la province et en a des enfants naturels, vainement l'épousera-t-il plus tard, *post depositum officium :* ce mariage, quoique parfaitement valable, ne légitimera pas les enfants. De même, les enfants naturels qu'un sénateur aurait eus d'une affranchie, ceux que l'ex-tuteur aurait eus de son ex-pupille avant que celle-ci n'eût accompli sa vingt-sixième année, ces enfants ne seront pas légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère. J'avoue que cette règle ne me paraît fondée sur aucun motif raisonnable (4), et nous allons voir que Justinien

(1) L. 5, C., *De natur. lib.*
(2) Anastase, L. 6 ; Justinien, LL. 10 et 11 *eod. tit.*
(3) Novelle 12, chap. 4.
(4) J'en dis autant de la disposition de l'art. 331 du Code Napoléon, d'après

lui-même y apporta plus tard dans ses Novelles une importante modification.

Constantin et Zénon supposent que la mère des enfants naturels qu'il s'agit de légitimer est *ingenua*. Justinien, au Code et aux Institutes (1), suppose qu'elle est *libera*, et cette expression paraît bien être, dans sa pensée, synonyme d'*ingenua* (2). Du reste, dans les Novelles 18, chap. 11, et 78, chap. 3 et 4, Justinien permet expressément au père de légitimer par le mariage non-seulement les enfants qu'il aurait eus d une affranchie, mais même ceux qu'il aurait eus de son esclave, pourvu, dans ce dernier cas, qu'il n'eût pas déjà des enfants légitimes. Évidemment, il y a là dérogation à la règle suivant laquelle le *connubium* devait exister déjà au moment de la conception.

Pour qu'il y ait mariage emportant légitimation, il faut nécessairement qu'un *instrumentum dotale* ait été dressé : cet *instrumentum dotale* est indispensable pour marquer qu'au lieu du concubinat il y a désormais *justæ nuptiæ*. Il est fait allusion à cet *instrumentum dotale* dans la Constitution de Zénon et dans celle d'Anastase; et Justinien l'exige dans les termes les plus positifs (3).

Déjà dans l'ancien droit romain, il était de principe que je ne puis pas acquérir la puissance paternelle sur un homme *sui juris*, malgré lui : *Inviti*, dit Modestin, *filii naturales vel emancipati non rediguntur in patriam potestatem* (4). Justinien, faisant à notre matière l'application de ce principe, déclare expressément qu'un enfant naturel ne peut jamais être légitimé *nisi hoc ratum habuerit* (5). — Je crois, du reste, que ce qui est exigé, ce n'est pas un consentement formel, c'est simplement un défaut d'opposition (6). Ainsi, lorsque l'enfant naturel est encore *infans*, incapable

laquelle les enfants nés d'un commerce incestueux ne peuvent jamais être légitimés.

(1) L. 10, C., *De natur. lib.*; Inst., § 13 *De nupt.*

(2) Voy., aux Institutes, pr. *in fine De libert.*, et, ci-dessus, p. 187.

(3) LL. 10 et 11, C., *De natur. lib.*; Inst., § 13 *De nupt.*; Novelle 89, chap. 8.

(4) L. 11, D., *De his qui sui vel alieni juris sunt* (1, 6).

(5) Novelle 89, chap. 11. — Chez nous, il en est tout autrement : la légitimation est une conséquence nécessaire du mariage.

(6) De même, comme nous le verrons bientôt, on peut adopter un enfant *aut eo consentiente aut non contradicente* (Inst., *Quib. mod. jus pot. solv.*).

de consentir, au moment où ses père et mère se marient ensemble, il sera néanmoins légitimé par leur mariage.

— Le § 13, aux Institutes, *De nupt.*, se termine par cette phrase : *Quod et aliis liberis qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra Constitutio præbuit* (1). Justinien veut dire que sa Constitution, en attachant au mariage l'effet de légitimer les enfants naturels, profite même aux enfants qui naissent après ce mariage. Et, en effet, ce qui a décidé le père naturel à se marier, c'est peut-être uniquement le désir de légitimer ses enfants : si le mariage ne lui avait pas fourni le moyen de réaliser ce désir, il ne l'aurait pas contracté, et alors les enfants qui naissent depuis ce mariage seraient nés *naturales* comme les autres. C'est donc bien réellement à la Constitution qui consacre la légitimation par mariage subséquent qu'ils doivent de naître légitimes. Au surplus, cette idée est clairement exprimée par Justinien lui-même : *Affectio prioris sobolis*, dit-il, *et ad dotalia instrumenta efficienda et ad posteriorem filiorum edendam progeniem præstitit occasionem.... Gratias agere fratribus suis posteriores debent, quorum beneficio ipsi sunt justi filii, et nomen et ordinem consecuti.... Anteriores et his qui posteà nati sunt occasionem legitimi nominis præstiterunt* (2).

Cependant cette phrase des Institutes a paru inintelligible à beaucoup d'interprètes, lesquels alors l'ont corrigée de différentes manières. Cujas propose de lire : *quod, et si alii liberi ex eodem matrimonio posteà fuerint procreati, similiter nostra Constitutio præbuit.* Cela voudrait dire que les enfants naturels demeurent légitimés par le mariage, lors même que de ce mariage naîtraient plus tard des enfants légitimes. La pensée de Justinien, en écrivant cette phrase, aurait été de repousser la doctrine suivante : « L'homme qui se marie manifeste par là même le désir d'avoir des enfants légitimes : si aucun enfant ne naît de son mariage, ce mariage aura légitimé les enfants naturels existants au moment où il a été contracté ; mais, si le mariage donne un ou plusieurs enfants légitimes, il n'y a pas lieu de légitimer les enfants naturels nés auparavant. » L'attention de Justinien s'était effectivement portée sur ce point : *Ne posteriores liberi*, dit-il, *qui post dotem editi*

(1) C'est, du moins, la leçon que donnent tous les manuscrits.
(2) LL. 10 et 11, C., *De natur. lib.*

sunt, sibi omne paternum patrimonium vindicare audeant, quasi justi et in potestate effecti, fratres suos, qui ante dotem fuerant nati, ab hereditate paternâ repellentes: hujusmodi iniquitatem amputandam censemus (1). Le sens que donne la leçon de Cujas n'est donc point déraisonnable. Mais cette leçon même doit être rejetée comme étant purement arbitraire.

J'en dis autant de la leçon suivante, proposée par Hotmann : *Quod, et si nulli alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra Constitutio præbuit.* Avec cette leçon, Justinien aurait exprimé précisément la pensée inverse de celle que suivant Cujas il a voulu exprimer : « Les enfants naturels sont légitimés par le mariage subséquent, lors même que de ce mariage il ne naîtrait aucune postérité légitime. » Tout ce qu'on peut dire à l'appui de cette leçon de Hotmann, c'est qu'elle est parfaitement d'accord avec un autre passage des Institutes. En effet, dans le § 2 du Titre *De heredit. quæ ab intest. defer.* (III, 1), Justinien, après avoir rappelé que les enfants naturels deviennent *justi* par le mariage de leurs père et mère, ajoute : *Quod obtinere censuimus, etiamsi non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hâc luce fuerint subtracti.* On aurait pu croire que les enfants naturels ne sont légitimés par le mariage qu'autant qu'il s'agit d'empêcher ce résultat par trop choquant, des enfants nés du même père et de la même mère dont la condition vis à vis de leur père va être absolument différente; et Justinien a jugé nécessaire de repousser expressément cette idée. J'adopterais sans hésiter cette leçon de Hotmann si celle que donnent tous les manuscrits était réellement inintelligible.

Sur la phrase finale du § 13 *De nuptiis*, je ferai une dernière observation. M. Ducaurroy s'en tient à la leçon des manuscrits; mais elle signifie, suivant lui, que le bénéfice de la légitimation doit être étendu aux enfants qui, conçus avant le mariage de leurs père et mère, sont nés depuis que ce mariage a été contracté. Nous avons effectivement une Constitution de l'an 530, dans laquelle Justinien, supposant un homme qui épouse la femme enceinte de ses œuvres, dit : *Justa patri soboles nascatur, et in potestate efficia-*

(1) L. 10 *eod. tit.*

tur (1). Mais il m'est impossible d'admettre qu'on ait voulu se référer à l'hypothèse dont il s'agit par ces mots : *Quod et aliis liberis qui ex eodem matrimonio posteà fuerint procreati...*

— La légitimation par mariage subséquent a des effets plus étendus que la légitimation par oblation à la curie. Celle-ci, nous le savons, n'établit aucun rapport de successibilité entre l'enfant légitimé et les parents de son père ; on ne nous dit rien de semblable en ce qui concerne la légitimation par mariage subséquent. L'enfant légitimé tombant sous la puissance de son père, nous sommes déjà autorisés à en conclure qu'il entre dans sa famille et qu'ainsi le rapport de successibilité prend naissance entre lui et les parents de son père. Mais nous avons, à cet égard, un témoignage décisif dans les termes employés par Justinien : *Semel eos efficientes legitimos*, dit Justinien à propos des enfants légitimés par le mariage, *damus habere etiam successiones illas quas habent ii qui ab initio legitimi sunt* (2).

Indépendamment de ces deux modes de légitimation, qui sont mentionnés au Code et aux Institutes, nous en trouvons deux autres dans les Novelles, savoir : la légitimation *par rescrit du Prince* et la légitimation *par testament*.

Un homme, qui n'a pas de postérité légitime, a au contraire un ou plusieurs enfants naturels. Il voudrait les légitimer ; mais il ne peut pas épouser leur mère, parce qu'elle est morte ou parce qu'elle a disparu, ou parce qu'elle est indigne du nom d'épouse. Il peut alors s'adresser à l'empereur, et celui-ci prononcera, s'il y a lieu, la légitimation des enfants naturels, *ità ut nihil a legitimis filiis differant* (3). — Justinien va plus loin. Si, dans la même hypothèse qui vient d'être indiquée, le père est mort sans avoir obtenu le rescrit impérial, mais en exprimant dans son testament le vœu que ses enfants lui succèdent comme enfants légitimes, alors les enfants eux-mêmes seront admis à solliciter le rescrit impérial, *ut, in uno eodemque hoc quod agitur, sit donum patris et Principis* (4).

(1) L. 11, C., *De natur. lib.*
(2) Novelle 89, chap. 8.
(3) Novelle 74, préface, chap. 1 et chap. 2 pr. Voy. aussi Nov. 89, chap. 9.
(4) Novelle 74, chap. 2 § 1. Voy. aussi Novelle 89, chap. 10.

— Dans les principes de l'ancien droit romain, l'homme qui a un fils naturel peut le rendre *suus*, peut le faire entrer dans sa famille civile, en l'adoptant ou plutôt en l'adrogeant. Modestin le suppose clairement dans un texte que j'ai déjà cité : *Inviti, filii naturales non rediguntur in patriam potestatem* (1). Et Ulpien se réfère également à cette idée lorsqu'il dit : *In servitute meâ quæsitus mihi filius, in potestatem meam redigi beneficio Principis potest* (2). Dans le Bas-Empire, l'empereur Anastase, consacrant d'une manière générale, pour le présent et pour l'avenir, le principe de la légitimation par mariage subséquent, ajoute : *Filios insuper et filiâs jàm per divinos adfatus à patribus suis in arrogationem susceptos vel susceptas, hujus providentissimæ nostræ legis beneficio et juvamine potiri censemus* (3). La pensée de l'empereur semble être qu'à l'avenir un homme ne pourra plus, en adrogeant ses enfants naturels, leur donner la qualité et les droits d'enfants légitimes. Cependant, même depuis la Constitution d'Anastase, les enfants naturels continuèrent d'être adrogés par leur père. En effet, onze ans après cette Constitution, en 519, l'empereur Justin déclare qu'il conserve toute leur efficacité aux adrogations de ce genre qui ont déjà eu lieu, soit avant, soit depuis la Constitution d'Anastase ; mais il ajoute, dans les termes les plus formels, qu'il les prohibe absolument pour l'avenir : *arrogationes ulteriùs minimè ferendæ sunt* (4). Et cette prohibition est formellement consacrée par Justinien (5). Il est donc vrai de dire que, dans le dernier état du droit romain, le père qui veut donner à son enfant naturel la qualité et les droits d'enfant légitime ne peut arriver à ce résultat qu'en employant l'un des modes de légitimation que nous connaissons.

3° *Enfants adoptés.*

Un citoyen romain acquiert la puissance paternelle sur les personnes qu'il adopte. Comme le dit Gaius (Comment. 1, §97), *non*

(1) L. 11, D., *De his qui sui vel alieni jur. sunt* (1, 6).
(2) L. 46, D., *De adopt.* (1, 7).
(3) L. 6, C., *De natur. lib.* (5, 27).
(4) L. 7 *eod. tit.*
(5) Novelle 74, chap. 3; et Novelle 89, chap. 11, § 2.

solùm naturales liberi in potestate nostrâ sunt, verùm etiam hi quos adoptamus (1).

L'adoption paraît avoir été fréquemment employée à Rome. Elle offre, en effet, au citoyen qui n'a pas de fils un moyen de perpétuer son nom, et, chose très-importante aux yeux des anciens Romains, un moyen de prévenir l'interruption du culte des dieux domestiques (*sacra privata*).

L'adoption, en prenant ce mot dans son sens le plus général, peut être définie un acte solennel par lequel un citoyen romain obtient la *patria potestas* sur une personne, comme si cette personne était issue de son mariage ou du mariage de son fils. Du reste, les Romains reconnaissaient deux espèces bien distinctes d'adoption : *Quod adoptionis nomen*, dit Modestin, *est quidem generale; in duas autem species dividitur : quarum altera* ADOPTIO *similiter dicitur, altera* ADROGATIO. *Adoptantur filiifamiliâs; adrogantur qui sui juris sunt* (2).

Nous allons étudier successivement les différences qui existent entre l'adoption proprement dite et l'adrogation, puis les règles communes à ces deux espèces d'adoption.

I. *Différences.* — L'adoption proprement dite et l'adrogation se distinguent l'une de l'autre, à trois points de vue : 1° en ce qui concerne les formes et conditions requises; 2° en ce qui concerne les effets qu'elles produisent; 3° enfin en ce qui concerne les personnes à qui elles peuvent s'appliquer.

1° Quelles sont les formes requises pour l'adrogation? Anciennement il fallait que l'adrogation fût approuvée par les pontifes et sanctionnée par une loi curiate : *Arrogationes*, dit Aulu-Gelle, *non temerè nec inexploratè committuntur : nàm comitia, arbitris etiam pontificibus, præbentur, quæ curiata appellantur* (3). Gaius ne parle

(1) Cette phrase de Gaius est reproduite dans les Institutes de Justinien, pr. *De adopt.* (I, 11). — Evidemment les *liberi naturales*, qu'on oppose ici aux *liberi adoptivi*, ne sont pas les enfants issus du concubinat; ce sont ceux qui tiennent à leur père par un lien naturel, par le lien du sang, et non par un lien purement civil. — Modestin exprime la même idée que Gaius, lorsqu'il dit : *Filiosfamiliâs non solùm natura, verùm et adoptiones faciunt* (L. 1 pr., D., *De adopt.*).

(2) L. 1 § 1, D., *De adopt.* (1, 7).

(3) *Nuits att.*, V, 19.

point de l'intervention des pontifes ; mais il dit que l'adrogation s'opère *populi auctoritate*. *Quæ species adoptionis*, ajoute-t-il, *dicitur* ADROGATIO, *quia et is qui adoptat rogatur*, *id est interrogatur*, *an velit eum quem adoptaturus sit*, *justum sibi filium esse; et is qui adoptatur*, *rogatur an id fieri patiatur; et populus rogatur an id fieri jubeat* (1). L'adrogation devant être sanctionnée dans les comices par curies, il en résulte qu'elle ne peut avoir lieu qu'à Rome. *Illa adoptio quæ per populum fit*, dit effectivement Gaius (Comment. I, § 100), *nusquàm nisi Romæ fit*. — Ulpien, dans ses *Fragments* (Tit. VIII, §§ 2 et 3), présente encore l'adrogation comme s'opérant *per populum*. Du reste, il est bien certain que, ni du temps d'Ulpien, ni même du temps de Gaius, le peuple ne s'assemblait réellement dans ses comices. Nous savons, en effet, que, dès la fin de la République, l'adrogation se faisait devant trente licteurs chargés de représenter les trente anciennes curies (2). Cicéron, parlant de Clodius, qui s'était fait adroger par un plébéien, s'exprime ainsi : *Si quod in cœteris legibus trinum nundinum esse oportet*, *id in adoptione satis est trium esse horarum, nihil reprehendo* (3). Or, si en fait une adrogation pouvait être consommée dans l'espace de trois heures, c'est évidemment qu'elle n'exigeait pas la convocation et la réunion du peuple. Tacite nous donne également la preuve que l'adrogation se faisait en présence des pontifes, mais non devant le peuple assemblé dans ses comices, lorsqu'il fait dire par Galba à Pison : *Si te privatus lege curiatâ*, *apud pontifices*, *ut moris est*, *adoptarem*... (4).

Dans les Institutes de Justinien (§ 1 *De adopt.*), l'adrogation se fait, non plus *populi auctoritate*, mais *principali rescripto*. A partir de quelle époque s'est-on ainsi contenté d'un rescrit impérial? C'est sans doute sous le règne de Dioclétien. Nous lisons, en effet, ce qui suit, dans une Constitution rendue en 286 par les empereurs Dioclétien et Maximien : *Arrogatio ex indulgentiâ principali facta perindè valeat, apud Prætorem vel Præsidem intimata, ac si per po-*

(1) Comment. I, § 99. Aulu-Gelle, *loc. cit.*, nous donne le texte même de la *rogatio* qui était adressée au peuple.

(2) Voy., ci-dessus, p. 50.

(3) *Oratio pro domo suâ, ad pontifices*, no 16.

(4) *Hist.*, liv. I, no 15.

pulum jure antiquo facta esset (1). Et dans une autre Constitution des mêmes empereurs : *Arrogationes eorum qui sui juris sunt, nec in Regiâ Urbe, nec in provinciis, nisi ex rescripto principali fieri possunt* (2).

Les auteurs non juridiques nous parlent quelquefois de personnes *sui juris* adoptées *per testamentum*. Ainsi Suétone dit, en parlant de Jules César : *Novissimo testamento tres instituit heredes, sororum nepotes, C. Octavium ex dodrante, et L. Pinarium et Q. Pedium ex quadrante reliquo; in unâ cerâ C. Octavium etiam in familiam nomenque adoptavit* (3). Par elle-même, cette prétendue adoption n'avait point d'effet en droit : elle ne faisait pas entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant. Il aurait fallu pour cela que la volonté du testateur fût confirmée par une loi curiate dans la forme ordinaire ; et c'est, du reste, ce qui eut lieu pour l'adoption d'Octave par Jules César (4).

— Quant à l'adoption proprement dite, Gaius et Justinien déclarent qu'elle s'opère *imperio magistratûs*. Du reste, les formes, du temps de Justinien, ne sont plus ce qu'elles étaient du temps de Gaius.

D'après la loi des douze Tables, le père épuise son droit de puissance paternelle en mancipant trois fois son fils (5); quant au droit de puissance sur une fille ou sur un petit-enfant *ex filio*, il suffit d'une seule *mancipatio* pour l'épuiser. Cette idée a servi de point de départ aux formes anciennement prescrites pour l'adoption proprement dite. Du reste, Gaius (Comment. I, § 134) nous apprend qu'elle pouvait se faire de deux manières; mais une seule nous est connue... Supposons que Titius et moi, nous sommes d'accord pour faire passer sous ma puissance paternelle le fils qui se trouve actuellement sous celle de Titius : que devons-nous faire pour réaliser notre intention? Titius commence par manciper son fils à moi ou à un tiers; le fils, mis par là *loco servi*, est affranchi par son maî-

(1) L. 2 *in fine*, C., *De adopt.* (8, 48).
(2) L. 6, C., *eod. tit.*
(3) *Jules César*, n° 83.
(4) Pour plus de détails sur l'adoption testamentaire, voy. M. Bachofen, *Ausgewählte Lehren*, p. 228-244.
(5) *Si pater filium ter venumdabit, filius a patre liber esto* (*Fragm. d'Ulpien*, X, § 1).

tre. A la suite de l'affranchissement, il retombe sous la puissance de son père, et celui-ci le mancipe une seconde fois. Nouvel affranchissement, suivi d'une troisième *mancipatio*. Par cette troisième *mancipatio*, Titius a définitivement perdu son droit de puissance paternelle; maintenant il reste à faire naître ce même droit à mon profit. Pour cela il faut d'abord que l'enfant soit remancipé à Titius. Nous nous rendons alors devant le magistrat. Là je revendique l'enfant comme étant mon fils; Titius, qui aurait qualité pour me contredire, ne me contredit pas : le magistrat en conclut que ma prétention est fondée, et il prononce que l'enfant est mon fils (1).

Voici les termes mêmes dans lesquels Gaius expose cette procédure : *Tres mancipationes et duæ intercedentes manumissiones fiunt... Deindè aut patri remancipatur, et ab eo is qui adoptat, vindicat apud Prætorem filium suum esse, et, illo contrà non vindicante, a Prætore vindicanti filius addicitur* (2).

Si c'est sa fille ou son petit-enfant que Titius veut me donner en adoption, il suffira d'une *mancipatio* par lui faite et d'une *remancipatio* à lui faite. Nous irons alors devant le magistrat, où tout se passera comme dans le cas précédent. *In cæteris liberorum personis, seu masculini seu feminini sexûs, una scilicet mancipatio sufficit, et aut remancipantur parenti, aut jure mancipantur* (3).

Quels sont précisément les magistrats devant lesquels peut s'accomplir l'adoption? Gaius nomme le Préteur et les Présidents de provinces. Aulu-Gelle dit que l'adoptant exerce sa revendication *apud eum apud quem legis actio est*. La même expression se trouve dans une Constitution de Gordien, de l'an 240 : *Hi qui in alienâ potestate sunt*, dit l'empereur, *juxtà jus civile non nisi apud eum apud quem plenâ legis actio est, adoptari possunt* (4). Pour comprendre cela, il faut savoir que, dans le très-ancien droit romain,

(1) On peut voir là une espèce d'*in jure cessio*, et c'est précisément l'expression qu'emploie Aulu-Gelle (*Nuits att.*, V, 19).

(2) Gaius indiquait ici une deuxième manière de procéder à l'adoption : *aut jure mancipatur patri*. Malheureusement il y a dans le manuscrit une lacune après ces mots. Du reste, la manière que nous connaissons était la plus commode : *Sed sanè commodius est patri remancipari*.

(3) Gaius, *eod.* § 134.

(4) L. 1, C., *De adopt.* (8,48).

le système de procédure en usage portait le nom de *legis actiones*. Dès la fin de la République, ce système avait disparu d'une manière à peu près complète, en ce qui concerne la procédure contentieuse; mais il s'est maintenu bien plus longtemps en ce qui concerne les actes de juridiction gracieuse ou *actus legitimi*, tels que l'*in jure cessio*. Comme on ne pouvait *lege agere* que par devant certains magistrats déterminés, Consul, Préteur, Président de province, etc., il s'ensuit que ces magistrats sont aussi les seuls qui puissent procéder aux actes de juridiction gracieuse : *Omnes Proconsules*, dit Marcien, *stàtim quàm Urbem egressi fuerint, habent jurisdictionem; sed non contentiosam, sed voluntariam : ut ecce, manumitti apud eos possunt tàm liberi quàm servi, et adoptiones fieri. Apud legatum verè Proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet jurisdictionem talem*. Ulpien ajoute : *Nec adoptare potest : omninò enim non est apud eum legis actio* (1).

Dans le droit de Justinien, les formes anciennement prescrites ont complétement disparu. Une Constitution de l'an 530 porte que celui qui veut donner son enfant en adoption n'a besoin que de déclarer sa volonté, *actis intervenientibus*, par-devant le juge compétent, *præsente eo qui adoptatur et non contradicente, nec non eo qui eum adoptat* (2).

— Non-seulement l'adrogation exige l'emploi de certaines formes solennelles; elle est, de plus, soumise à un certain contrôle de l'autorité. Après avoir dit que les comices par curies s'assemblent *arbitris etiam pontificibus*, Aulu-Gelle ajoute : *Ætas quoque ejus qui arrogare vult, an liberis potiùs gignundis idonea sit, bonaque ejus qui arrogatur ne insidiosè appetita sint, consideratur* (3). Le même droit de contrôle est indiqué par Ulpien : *In adrogationibus*, dit-il, *cognitio vertitur, nùm fortè minor sexaginta annis sit qui*

(1) LL. 2 et 3, D., *De off. Procons.* (1, 16).

Voici encore des textes très-importants :

Ulpien, L. 1, D., *De off. jurid.* (1, 20) : *Adoptare quis apud juridicum potest, quia data est ei legis actio.*

Paul, *Sent.*, II, xxv, § 4 : *Apud magistratus municipales, si habeant legis actionem, emancipari et manumitti potest*. Comp. Dioclétien et Maximien, L. 1, C., *De emancipat.* (8, 49); Constance, L. 4, C., *De vindictâ* (7, 1).

(2) L. 11, C., *De adopt.*; Inst., § 8 *Quib. modis jus potest. solv.* (1, 12).

(3) *Nuits att.*, V, 19.

adrogat, quia magis liberorum creationi studere debeat, nisi fortè morbus aut valetudo in causâ sit, aut alia justa causa adrogandi, veluti si conjunctum sibi personam velit adoptare. Item non debet quis plures adrogare, nisi ex justâ causâ. Sed nec libertum alienum (1). En somme, l'adrogation est précédée d'une espèce d'enquête; et, d'après les résultats fournis par cette enquête, l'autorité voit s'il convient ou non de permettre l'adrogation. — Nous ne trouvons rien de semblable quand il s'agit de l'adoption proprement dite. Celle-ci a des conséquences moins graves : aussi ne parait-il pas que le magistrat exerçât un pouvoir discrétionnaire et se refusât, suivant les cas, à prononcer l'*addictio* au profit du revendiquant.

2° Si l'adrogation et l'adoption proprement dite ne s'accomplissent pas dans la même forme, produisent-elles du moins les mêmes effets?

Dans l'ancien droit, l'adoptant, comme l'adrogeant, acquiert toujours la puissance paternelle. Mais, outre la puissance paternelle, l'adrogeant acquiert tous les biens appartenant à l'adrogé (2), tandis que, l'adoption proprement dite s'appliquant à une personne *alieni juris*, il ne peut pas être question pour l'adoptant d'acquérir des biens. De plus, si l'adrogé avait lui-même des enfants sous sa puissance, ils passent de plein droit, *quasi nepotes*, sous la puissance de l'adrogeant, tandis que les enfants légitimes qu'avait l'adopté ne suivent point celui-ci dans la famille adoptive, mais restent sous la puissance de l'aïeul qui a donné leur père en adoption. Gaius indique spécialement cette dernière différence : *Illud proprium est*, dit-il, *ejus adoptionis quæ per populum fit, quod is qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solùm ipse potestati adrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus in ejusdem fiunt potestate, tanquàm nepotes* (3). Les rédacteurs des Institutes, après avoir reproduit ce passage de Gaius, ajoutent comme exemple : *Sic enim et divus Augustus non antè Tiberium adoptavit quàm is Germa-*

(1) L. 15 §§ 2 et 3, D., *De adopt.*

(2) *Cùm paterfamiliâs se in adoptionem dedit, omnes ejus res incorporales et corporales, quæque ei debitæ sunt, patri adoptivo adquiruntur...* (Gaius, III, 83). Comp., aux Institutes, le § 1 *De adquisit. per adrogat.* (III, 10).

(3) Comment. I, § 107.

nicum adoptavit, ut protinùs adoptione factâ incipiat Germanicus Augusti nepos esse (1).

Dans le droit de Justinien, l'adrogation continue de produire ses anciens effets; au contraire l'effet de l'adoption proprement dite est gravement modifié, sauf toutefois une distinction. En principe, l'adoptant n'acquiert plus la puissance paternelle, ou, en d'autres termes, l'adopté reste *in familiâ patris naturalis*. Comment Justinien a-t-il été amené à une innovation aussi notable? Par la considération d'un inconvénient grave que l'ancien système pouvait avoir pour l'adopté. Supposons qu'un fils de famille, Titius, a été donné en adoption. A la mort de son père naturel, Titius est encore sous la puissance de son père adoptif : par suite de l'adoption, il se trouve exclu de la succession de son père naturel : cette succession passe, soit à des héritiers testamentaires, soit, *ab intestat*, à d'autres enfants ou à des agnats du défunt. Titius a-t-il du moins un droit assuré à la succession de son père adoptif? Non : car celui-ci, avant de mourir, peut l'émanciper, et alors Titius deviendra pour lui un étranger (2). Justinien a voulu empêcher que l'adopté ne pût se trouver dans cette position fâcheuse : il est trop dur, en effet, qu'après avoir vu la succession de son père naturel lui échapper par suite de l'adoption, il puisse encore être exclu de la succession de son père adoptif. En conséquence, Justinien décide que l'adopté (du moins quand l'adoptant est un *extraneus*) reste sous la puissance et dans la famille de son père naturel, que ses droits à la succession de celui-ci ne sont aucunement altérés par l'adoption, enfin que l'effet de l'adoption se borne à faire acquérir à l'adopté un droit à la succession *ab intestat* de l'adoptant.

Il y a un cas dans lequel le système de l'ancien droit n'expose l'adopté à aucun inconvénient : c'est le cas où l'adoptant se trouve être, non pas une *extranea persona*, mais un ascendant de l'adopté. Pour ce cas, Justinien laisse produire à l'adoption tout l'effet qu'elle produisait anciennement.

Comment peut-il se faire qu'un ascendant adopte son descendant? D'abord cela se comprend sans aucune difficulté de la part

(1) Inst., § 11 *De adopt.*

(2) Voy. Paul, L. 6 § 4 *in fine*, D., *De bon. poss. contrà tab.* (37, 4); Inst., § 10 *De hered. quæ ab int.* (III, 1).

de l'aïeul maternel. Mais l'adoptant pourrait même être l'aïeul paternel ou le père de l'adopté. *L'aïeul paternel :* un homme a émancipé son fils; celui-ci a sous sa puissance ses propres enfants, conçus depuis qu'il a été émancipé, et il peut les donner en adoption à son père. *Le père* : un homme émancipe son fils, qui lui-même a déjà des enfants; il les retient sous sa puissance, et il pourra les donner en adoption à leur père (1).

Nous disons que, pour le cas où l'adoptant est l'ascendant de l'adopté, Justinien a pu sans inconvénient laisser subsister la règle ancienne d'après laquelle l'adopté passe sous la puissance paternelle de l'adoptant. En effet, dans ce cas, on ne peut pas sérieusement craindre que l'adoptant n'émancipe l'adopté pour le priver de sa succession, bien que Justinien lui-même prévoie l'hypothèse d'un *avus* émancipant son fils adoptif (2). Il y a plus : celui qui est adopté par son ascendant paternel ne perd point pour cela les droits qu'il peut avoir à la succession du *parens* qui l'a donné en adoption. *Si emancipato filio*, dit Modestin, *nepos ex eo in potestate avi remanserit, et posteà patri suo in adoptionem datus fuerit, contrà tabulas avi bonorum possessionem petere poterit, quia per adoptionem aliena familia non fuerit* (3).

Il y a encore un autre cas dans lequel Justinien laisse subsister l'ancien effet de l'adoption. Supposons qu'un homme, qui a sous sa puissance un fils et un petit-enfant *ex eo filio*, donne son petit-enfant en adoption à un étranger : l'adopté va-t-il rester sous la puissance et dans la famille *avi naturalis*, ou bien au contraire va-t-il passer sous la puissance et dans la famille *patris adoptivi?* Pour le moment, on n'en sait rien : l'état de l'adopté va se trouver quelque temps *in pendenti*. Si à la mort de l'*avus naturalis* l'adopté

(1) Justinien, on ne sait trop pourquoi, n'a pas expressément indiqué ce cas où l'enfant est adopté par son père : voy. L. 10, C., *De adopt.;* Inst., § 2 *De adopt.* Cela tient sans doute à ce que, comme nous allons le voir dans un instant, il y a quelque chose de particulier au cas où c'est le grand-père, non le père, qui donne l'enfant en adoption.

Du reste, un passage d'Ulpien, inséré au Digeste, suppose formellement que *quis filio suo emancipato nepotem, quem ex eo retinuerat, dederit in adoptionem :* L. 8 § 7 *De bon. poss. contrà tab.* (37, 4). Voy. aussi Modestin, L. 21 § 1 *eod. Tit.*

(2) L. 10 pr. *in fine*, C., *De adopt.*

(3) L. 21 § 1, D., *De bon. poss. contrà tab.* Comp. L. 3 §§ 7 et 8 *eod. tit.*

n'est pas en ligne pour lui succéder, attendu qu'il est primé par son père, alors on admet que l'adopté a passé dans la famille adoptive, parce qu'en l'admettant on ne lui cause aucun préjudice. Mais si à la mort de l'*avus naturalis* le *pater naturalis* n'est plus là pour faire obstacle à ce que son fils soit appelé à la succession, il se trouve que l'adopté est resté dans sa famille naturelle et que l'adoption lui a seulement conféré un droit *ab intestat* à la succession de l'adoptant. Cette distinction remarquable est expressément faite par Justinien lui-même (1).

3° Certaines personnes, qui peuvent être adoptées lorsqu'elles sont *alieni juris*, ne peuvent pas être adrogées lorsqu'elles sont *sui juris*.

Cette observation s'applique d'abord aux femmes. *Per populum*, dit Gaius, *feminæ non adoptantur : nàm id magis placuit. Apud Prætorem verò, vel in provinciis apud Proconsulem Legatumve, etiam feminæ solent adoptari* (2). Ulpien (*Fragm.*, VIII, § 5) distingue également, en ce qui concerne les femmes, entre l'adoption proprement dite et l'adrogation. — Pourquoi donc les femmes ne pouvaient-elles pas être adrogées? Cela tient uniquement à l'ancienne forme de l'adrogation : La femme *sui juris*, dit Aulu-Gelle, ne peut pas être adrogée, parce qu'elle n'a pas accès dans les comices, *quoniam cum feminis nulla comitiorum communio est* (3). Ce motif a disparu dès l'instant où l'adrogation s'est faite *principali rescripto*, et, en effet, il est permis de croire qu'à partir de ce moment les femmes ont pu être adrogées. Dans une Constitution qui figure au Code sous le nom des empereurs Dioclétien et Maximien, il est dit : *Sui juris arrogatio feminæ, nisi ex nostro rescripto nunquàm procedit* (4); et il n'est point démontré que ce texte ait été remanié par les commissaires de Justinien. Il en est tout autrement d'une Loi du Digeste, attribuée à Gaius et ainsi conçue : *Nàm et feminæ ex rescripto Principis adrogari possunt* (5). Très-probable-

(1) L. 10 § 4, C., *De adopt.*

(2) Comment I, § 101. — Nous avons vu (ci-dessus, p. 295) que l'adoption ne peut pas se faire *apud legatum Proconsulis*. Gaius ne dit point le contraire : car le *legatus* dont il parle est un *legatus Cæsaris*.

(3) *Nuits att.*, V, 19.

(4) L. 8 *in fine*, C., *De adopt*.

(5) L. 21, D., *De adopt*.

ment Gaius ne parlait pas d'adrogation *ex rescripto Principis*, et n'admettait pas la possibilité pour les femmes d'être adrogées.

Les impubères, comme les femmes, ont toujours pu être adoptés: *Apud Prætorem, et in provinciis apud Proconsulem Legatumve, cujuscumque ætatis adoptare possumus* (1). Le principe ne souffre même pas exception en ce qui concerne l'*infans : Etiam infantem*, dit Modestin, *in adoptionem dare possumus* (2). — Mais l'impubère *sui juris* peut-il être adrogé ? Aulu-Gelle, se référant à l'ancien droit, répond, d'une manière absolue, qu'il ne le peut pas; et voici le motif qu'il en donne : *Tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est, ut caput liberum, fidei suæ commissum, alienæ ditioni subjiciant* (3). Ulpien dit, de même (*Fragm.*, VIII, § 5), que, jusqu'au règne d'Antonin le Pieux, les impubères ne pouvaient pas être adrogés. Gaius est moins absolu: *Impuberem*, dit-il, *apud populum adoptari, aliquandò prohibitum est, aliquandò permissum est* (4). Sans doute Gaius veut dire que les comices et les pontifes, n'étant enchaînés par aucune règle positive, ont quelquefois fait acte d'omnipotence en consacrant l'adrogation d'un impubère.

Un rescrit d'Antonin le Pieux (5) permit, d'une manière générale, l'adrogation des impubères; mais il prescrivit pour cette adrogation des conditions spéciales, *cum quibusdam conditionibus*. Parmi ces conditions, les unes, comme nous allons le voir, sont prescrites dans l'intérêt de l'impubère lui-même, les autres dans l'intérêt de certains tiers.

Avant tout, l'adrogation doit n'être confirmée que *causâ cognitâ*, qu'autant qu'il est reconnu que cette adrogation a une cause honnête et qu'elle paraît avantageuse pour l'impubère (6). Il ne faut pas qu'un homme avide puisse adroger un impubère dans le seul but de s'emparer de ses biens. — Dans le même ordre d'idées, on décide que l'adrogeant ne doit émanciper l'adrogé que pour un

(1) Gaius, I, § 102 *in fine*.
(2) L. 42, D., *De adopt*.
(3) *Nuits att.*, V, 19.
(4) Comment. I, § 102.
(5) Adressé aux pontifes, dit Gaius.
(6) Inst., § 3 *De adopt*.

motif raisonnable, et qu'en l'émancipant ainsi, il doit lui rendre tous les biens qui viennent de lui. Que si l'adrogeant l'émancipe *sine justâ causâ*, ou bien encore si dans son testament il l'exhérède, l'adrogé pourra réclamer, outre la restitution des biens qui viennent de lui, le quart des propres biens de l'adrogeant (ce qu'on appelle la *quarte Antonine*).

Arrêtons-nous un instant sur ces principes. L'adrogé a droit à la restitution de ce que l'adrogeant a pu acquérir par suite de l'adrogation, dans les trois cas suivants : si l'adrogeant l'a émancipé *cum justâ causâ*, s'il l'a émancipé *sine justâ causâ*, s'il l'a exhérédé. Dans les deux premiers cas, la restitution pourra être exigée immédiatement après l'émancipation; dans le troisième, après la mort de l'adrogeant. Du temps d'Antonin le Pieux, l'adrogeant gagnait en pleine propriété tout ce qui appartenait à l'impubère lors de l'adrogation et tout ce qui pouvait lui advenir depuis; du temps de Justinien, l'adrogeant ne gagne plus que la jouissance, l'adrogé conserve la nue-propriété (1) : il va de soi que l'adrogeant doit la restitution de ce qu'il a gagné. — Quant à la *quarte Antonine*, l'adrogé n'y a droit que dans deux cas, savoir : si l'adrogeant l'a émancipé *sine justâ causâ*, et si dans son testament il l'a exhérédé. En ce qui concerne l'exhérédation, on ne distingue pas si elle a eu lieu avec ou sans juste cause : l'adrogeant eût-il eu véritablement à se plaindre de l'adrogé, il ne devait pas attendre pour le punir le moment où il a fait son testament. La *quarte Antonine* est une partie de la succession de l'adrogeant : elle ne peut donc jamais être réclamée de son vivant, pas plus au cas d'émancipation *sine justâ causâ* qu'au cas d'exhérédation. Par quelles actions pourra-t-elle être réclamée? L'adrogé, qui a été émancipé ou exhérédé, ne peut pas, à proprement parler, se présenter comme héritier de l'adrogeant : il aura contre les héritiers une action *familiæ erciscundæ* utile (2).

Le jurisconsulte Paul, s'attachant au cas d'émancipation de l'impubère, résume parfaitement les principes qui viennent d'être exposés : *Constitutione D. Pii*, dit Paul, *cavetur de impubere adop-*

(1) Inst., § 1 *Per quas pers. nobis adquir.* (II, 9), et § 2 *De adquisit. per adrogat.* (III, 10).

(2) Ulpien, L. 2 § 1, D., *Famil. ercisc.* (10, 2).

tando. *ut ex bonis quæ, mortis tempore, illius qui adoptavit fuerunt, pars quarta ad eum pertineat qui adoptatus est; sed et bona ei, quæ adquisiit patri, restitui jussit. Si causâ cognitâ emancipatus fuerit, quartam perdit* (1).

La jurisprudence romaine avait décidé que les droits accordés à l'adrogé par la Constitution d'Antonin le Pieux ne lui sont pas exclusivement personnels, qu'ils pourraient également être exercés par ses ayant-cause : *Si adrogator decesserit*, dit Ulpien, *impubere relicto filio adoptivo, et mox impubes decedat, an heredes adrogatoris teneantur? Et dicendum est heredes quoque restituturos et bona adrogati et prætereà quartam partem* (2).

Supposons que Titius, qui a été adrogé étant impubère, se trouve encore sous la puissance de l'adrogeant au moment où arrive sa puberté. Dès lors, le droit commun lui devient applicable : il sera traité désormais comme s'il avait été adrogé étant déjà pubère; et, dans le cas où l'adrogeant l'émanciperait ou l'exhéréderait, il ne pourrait exercer à cette occasion aucun droit particulier. Seulement, s'il trouve que l'adrogation ne lui est pas avantageuse, il lui est permis de réclamer le secours que le Préteur accorde en général aux mineurs de vingt-cinq ans, l'*in integrum restitutio*. C'est là, je crois, tout ce qu'a voulu dire Marcien dans le fragment qui suit : *Si pubes factus non expedire sibi in potestatem ejus redigi probaverit, æquum esse emancipari eum a patre adoptivo, atque ità pristinum jus recuperare* (3). Du reste, Ulpien dit positivement que même le pubère, mineur de vingt-cinq ans, qui s'est donné en adrogation, peut se faire restituer *in integrum*, s'il prouve qu'il a été *in ipsâ adrogatione circumventus* (4).

J'ai dit que la Constitution d'Antonin le Pieux, tout en permettant l'adrogation d'un impubère, avait pourvu à l'intérêt de certains tiers. Il faut toujours partir de l'idée que celui qui adroge un impubère ne doit pas chercher à réaliser un bénéfice. En conséquence, Antonin le Pieux veut que l'adrogeant prenne l'engagement envers un esclave public *se restituturum ea quæ ex bonis ejus*

(1) L. 13, D., *Si quid in fraudem patr.* (38, 5).
(2) L. 22 pr., D., *De adopt.*
(3) L. 33, D., *De adopt.* Voy. aussi Papinien, L. 32 pr. *eod. tit.*
(4) L. 3 § 6, D., *De minor. viginti quinque ann.* (4, 4).

(pupilli) consecutus fuerit, illis ad quos res perventura esset si adrogatus permansisset in suo statu (1).

Cette disposition mérite d'être analysée avec soin dans toutes ses parties.

D'abord quelles sont les personnes qui auraient recueilli les biens de l'impubère au jour de sa mort, à défaut d'adrogation, et à qui l'adrogeant prend l'engagement de les restituer? Ce peuvent être des personnes qui auraient été appelées à la succession *ab intestat* de l'impubère, ses plus proches agnats. Par l'effet de l'adrogation, la parenté civile, l'*agnatio*, est dissoute (2) : donc l'adrogation enlève aux agnats de l'impubère le droit que comme tels ils pouvaient avoir à son hérédité. L'adrogeant s'engage à leur tenir compte de ce qu'ils perdent ainsi. — Un impubère ne peut-il avoir que des héritiers *ab intestat?* On serait tenté de le croire : car il est certain qu'un impubère ne peut pas faire de testament (3). Mais, comme nous le verrons plus tard en détail, ce que l'impubère ne peut pas faire lui-même, son père a pu le faire pour lui. Supposons que Titius, l'impubère qui se donne aujourd'hui en adrogation, est devenu *sui juris* il y a quelques années par la mort de son père. Son père, en faisant son propre testament, avait fait aussi celui de Titius. Il avait dit : *Si Titius filius meus priùs moriatur quàm in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto* (4). Seius, ainsi appelé à l'hérédité de l'impubère, est ce qu'on nomme un *substitué pupillaire*. Le père de Titius a pu également grever l'hérédité de l'impubère de legs ou d'affranchissements. Or le droit qui résultait pour Seius, pour les légataires et pour les esclaves affranchis, des *secundæ tabulæ* faites par le père de Titius, ce droit se trouve éteint lorsque Titius se donne en adrogation ; mais l'adrogeant s'engage à tenir compte à ces différentes personnes de ce qu'elles auraient à la mort de Titius *si permansisset in suo statu*. Comme le dit le jurisconsulte Ulpien, *et libertatibus prospectum esse quæ secundis tabulis datæ sunt, et multò magis substituto (servo), item legatariis, nemo dubitat* (5).

(1) Marcellus, L. 18, D, *De adopt.*
(2) Inst., § 3 *De legit. adgnat. tut.* (I, 15); § 3 *De capitis deminut.* (I, 16).
(3) Inst., § 1 *Quib. non est perm. facere testam.* (II, 12).
(4) Inst., pr. *De pupill. substit.* (II, 16).
(5) L. 19 pr., D., *De adopt.*

L'adrogeant promet de rendre les biens de l'adrogé aux personnes qui les recueilleraient sans l'adrogation. Mais ce ne sont pas ces personnes elles-mêmes qui se font faire par l'adrogeant la promesse dont il s'agit. Pourquoi? Par la raison bien simple que ces personnes ne peuvent pas être sûrement connues dans le temps où a lieu l'adrogation. S'agit-il de successeurs *ab intestat* : nous connaissons bien ceux qui sont actuellement les plus proches agnats de l'impubère; nous ne connaissons pas ceux qui devraient être ses plus proches agnats au moment de sa mort. S'agit-il d'un substitué : peut-être son nom est-il encore inconnu (1), et même, fût-il connu, rien ne garantit que ce substitué sera encore vivant et capable à la mort de l'impubère. — Qui donc reçoit la promesse de l'adrogeant, ceux qui doivent en profiter ne pouvant pas la recevoir ? D'après le texte de Marcellus qui a été cité plus haut (2), c'est un *servus publicus*, un esclave du peuple romain (3). Pour comprendre l'intervention de ce *servus publicus*, il faut savoir que, lorsqu'un esclave appartient à plusieurs maitres, s'il stipule nominativement pour un de ses maîtres, ce maître acquiert seul tout le bénéfice de la stipulation (4) : le *servus publicus*, a-t-on dit, peut être considéré, *utilitatis causâ*, comme appartenant en commun à tous les citoyens romains, et, par conséquent, ceux pour qui il stipule de l'adrogeant deviendront par son ministère créanciers de l'adrogeant (5).

Dans les Institutes (§ 3 *De adopt.*), il n'est plus question d'un *servus publicus*. D'après les Institutes, *cavet adrogator personæ publicæ, hoc est tabulario :* l'adrogeant s'oblige envers une *persona publica*, c'est-à-dire envers un *tabularius*. Ce *tabularius* est une espèce de notaire ou de greffier ; et, d'après une Constitution des empereurs Arcadius et Honorius, il n'y a qu'un homme libre qui puisse remplir les fonctions de *tabularius* (6).

(1) Inst., § 3 *De pupill. subst.* (II, 16).

(2) L. 18, D., *De adopt.*

(3) Voy. aussi Dioclétien et Maximien, L. 2, C., *De adopt.*

(4) Inst., § 3 *De stipul. serv.* (III, 17).

(5) Ils n'auront jamais contre l'adrogeant qu'une action *utile*, comme le dit positivement Papinien, dans la L. 40 *De vulg. et pupill. subst.* (28, 6). C'est que en réalité le *servus publicus* n'a qu'un seul maître, le peuple romain; il n'appartient point par indivis aux différents citoyens.

(6) L. 3, C., *De tabulariis* (10, 69).

L'adrogeant s'engage pour le cas où l'adrogé mourrait étant encore impubère; son obligation s'évanouit de plein droit dès que l'adrogé arrive à la puberté. Evidemment il en devait être ainsi lorsqu'il s'agit d'un substitué pupillaire : car la première condition pour que les personnes appelées *ex secundis tabulis* aient quelque droit, c'est que celui dont on a fait le testament meure avant sa puberté (1). Mais la règle est la même quand il s'agit de successeurs *ab intestat*. En effet, d'une part, l'homme devenu pubère aurait probablement fait un testament s'il fût resté *sui juris*, et, d'autre part, une fois que l'adrogé arrive à l'âge de sa puberté, nous savons que tout se passe comme s'il avait été adrogé étant déjà pubère. Aussi les textes disent-ils, en termes généraux, que l'adrogeant s'engage à restituer les biens de l'adrogé, sous la condition qu'il mourra *intrà pubertatem* (2).

Il ne suffit pas à l'adrogeant de s'obliger lui-même, de fournir une *nuda repromissio*. On exige de lui une *satisdatio*, c'est-à-dire que son engagement doit être cautionné par des personnes solvables (3). Du reste, si l'on avait négligé de faire prendre par l'adrogeant l'engagement dont il s'agit, il serait néanmoins tenu d'une action utile; mais, bien entendu, en cas pareil, les parties intéressées ne pourraient s'attaquer qu'à lui : *Quæ satisdatio si omissa fuerit*, dit Ulpien, *utilis actio in adrogatorem datur* (4).

Dans le droit des Pandectes, l'adrogeant devient propriétaire de tout ce qui appartient à l'adrogé, de tout ce qui pourra lui advenir; on comprend très-bien qu'il prenne l'engagement de rendre ce qu'il acquiert ainsi. Mais, dans le droit de Justinien, l'adrogeant n'acquiert plus que la jouissance des biens de l'adrogé, et, du reste, cette jouissance, d'après les principes généraux sur le pécule adventice, devrait subsister pendant toute la vie de l'adrogeant, même après la mort de l'adrogé. Alors, que peut signifier l'engagement de rendre auquel l'adrogeant est encore soumis? Il peut signifier deux choses : 1° que l'adrogeant ne gardera pas la jouissance des biens de l'adrogé défunt; 2° que, s'il se trouve

(1) Inst., § 8 *De pupill. subst.* (II, 16).
(2) Outre le § 3, Inst., *De adopt.*, voy. Marcellus, L. 20 pr., D., *eod. tit.*
(3) Ulpien, L. 19, D., *De adopt.*
(4) *Eâd.* L. 19 § 1.

appelé comme *pater* à recueillir la succession *ab intestat* de l'adrogé, il ne la gardera point par devers lui au détriment de ceux qui l'auraient eue sans l'adrogation.

— Y a-t-il encore d'autres personnes *sui juris* qui, de droit commun, ne peuvent pas être adrogées? Oui. Je puis bien adroger mon affranchi; mais je ne puis pas adroger l'affranchi d'autrui, à moins que son patron n'y consente (1).

L'adoption proprement dite peut-elle s'appliquer à un esclave? Il paraît que déjà dans l'ancien droit on pouvait effectivement adopter *per prætorem* l'esclave d'autrui (2). Mais pourrais-je adopter mon propre esclave? On serait tenté de le croire, en présence de ce passage des Institutes : *Apud Catonem benè scriptum refert antiquitas servos, si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari* (3). Cependant il est difficile de comprendre comment se serait faite cette adoption, à moins qu'on ne suppose que c'est par une décision du peuple (4).

Enfin je ne puis pas, en principe, adroger la personne dont j'ai été tuteur ou curateur; la prohibition s'applique tant que cette personne n'a pas vingt-cinq ans accomplis (5). Par exception, l'empereur Titus Antonin avait admis dans un rescrit qu'on doit permettre à un tuteur d'adroger son *privignus*, son beau-fils (6).

II. *Règles communes à l'adrogation et à l'adoption proprement*

(1) Ulpien, L. 15 § 3, D., *De adopt.*; Paul, L. 49 *De bonis libert.* (38, 2). — Il paraît que l'affranchi, même après avoir été adrogé, continue d'être *libertinæ conditionis*. Voici, en effet, ce que nous lisons dans Aulu-Gelle : *Libertinos ab ingenuis adoptari quidem jure posse Massurius Sabinus scripsit; sed id neque permitti dicit, neque permittendum esse unquàm putat, ut homines libertini ordinis per adoptationem in jura ingenuorum invadant* (*Nuits att.*, V, 19). Comp. Ulpien, L. 46, D., *De adopt.*

(2) Ici encore écoutons Aulu-Gelle : *Alioquin, si juris ista antiquitas servetur, etiam servus a domino per Prætorem dari in adoptionem potest. Idque ait* (*Massurius Sabinus*) *plerosque juris veteris auctores posse fieri scripsisse.* La *juris antiquitas*, c'est la règle suivant laquelle la qualité d'affranchi ne peut pas être effacée par l'adoption.

(3) Inst., § 12 *De adopt.*

(4) Puchta (*op. cit.*, t. II, p. 444, note *q*) entend ces mots *a domino adoptati* comme s'il y avait *a domino in adoptionem dati*.

(5) Ulpien, L. 17 pr., D., *De adopt.*

(6) Papinien, L. 32 § 1 *eod. Tit.*

dite. — L'adopté, entrant dans la famille de l'adoptant, prend toujours le nom de l'adoptant; il y ajoute son nom à lui-même, mais en lui donnant la forme d'un adjectif. Ainsi, Emile adopté par Scipion s'appelle *Scipio Æmilianus;* Octave adopté par César s'appelle *Cæsar Octavianus.*

Il paraît que, du temps de Gaius, on se demandait encore si l'adoptant doit nécessairement être plus âgé que l'adopté : *Sed et illa quæstio*, dit Gaius (§ 106), *an minor natu majorem natu adoptare possit*, *utriusque adoptionis communis est.* Nous savons que Clodius, pour arriver à être tribun du peuple, s'était fait adopter par un plébéien plus jeune que lui, et que Cicéron y voyait une cause de nullité de l'adoption : *Nego istam adoptionem pontificio jure esse factam : primùm, quòd hæ vestræ sunt ætates ut is qui te adoptavit vel filii tibi loco per ætatem esse potuerit...* (1). Dans le droit de Justinien, il n'y a plus aucune espèce de doute, et on nous dit, aux Institutes : *Minorem natu majorem non posse adoptare placet : adoptio enim naturam imitatur, et pro monstro est ut major sit filius quàm pater. Debet itaque is qui sibi filium per adoptionem vel adrogationem facit, plenâ pubertate, id est* XVIII *annis, præcedere* (2). — Remarquons, en passant, que ce qu'on appelle ici la *plena pubertas*, c'est-à-dire l'âge de dix-huit ans, n'est point la véritable puberté, et n'est pris en considération que très-exceptionnellement (3).

Je puis adopter ou adroger Titius *quasi filium* ou *quasi nepotem*, de telle sorte qu'il me tienne lieu de fils ou de telle sorte qu'il me tienne lieu de petit-fils. — Je puis l'adopter *quasi filium* lors même que c'est son grand-père qui me le donne en adoption, et réciproquement, je puis l'adopter *quasi nepotem*, lors même que c'est de son père que je le reçois. Sa condition est ainsi notablement changée : car, à plusieurs points de vue, il importe de distinguer si le *filiusfamiliâs* est sous la puissance de son père ou sous celle

(1) *Pro domo*, n° 14.

(2) § 4 *De adopt.* Ce texte paraît avoir été emprunté à Modestin, L. 40 § 1, D., *eod. tit.* — Une règle toute différente est celle qui veut que l'adrogeant ait au moins soixante ans : L. 15 § 2, D., *eod. tit.*

(3) Comp. Ulpien, L. 57, D., *De re judic.* (42, 1); et Paul, *Sentences*, III, IV A, § 2.

de son droit. — Je puis adopter ou adroger Titius quasi nepotem, alors même que je n'ai pas et que je n'ai jamais eu de fils sous ma puissance. Supposons que j'ai déjà un ou plusieurs fils sous ma puissance : quand j'adopte ou quand j'adroge Titius quasi nepotem, je puis le faire de deux manières, soit d'une manière générale, *quasi ex incerto*, sans exprimer de qui je veux qu'il soit considéré comme étant le fils, soit au contraire en le rattachant à mon fils Sempronius, *quasi ex Sempronio natus esset*. Mais je ne puis procéder de cette deuxième manière qu'avec le consentement de Sempronius. Jamais je ne puis par ma seule volonté attribuer un enfant au fils que j'ai sous ma puissance, *ne ei invito heres suus adgnascatur*, tandis qu'à l'inverse, quand j'ai sous ma puissance mon fils et son propre fils, je n'ai pas besoin de la permission de mon fils pour émanciper mon petit-fils, ou pour le donner en adoption à un tiers, c'est-à-dire pour le faire sortir de ma famille et, par conséquent, de la famille de son père (1).

La personne que j'adopte ou que j'adroge est sous ma puissance paternelle comme l'enfant issu de mon mariage ou du mariage de mon fils. Il s'ensuit notamment que je puis très-bien donner en adoption à un tiers l'enfant que j'ai moi-même adopté ou adrogé. Gaius le dit dans les termes les plus formels, et sans faire aucune distinction (2). Dans le droit de Justinien, rien n'est changé en ce qui concerne l'adrogation ; l'adrogeant acquiert toujours la puissance paternelle, il peut toujours donner l'adrogé en adoption à un tiers. Au contraire, en ce qui concerne l'adoption proprement dite, il y a maintenant une distinction à faire : l'adoptant n'acquiert la puissance paternelle, et, par conséquent, il ne peut à son tour donner l'adopté en adoption à un tiers, qu'autant qu'il est lui-même l'ascendant naturel de cet adopté. Cela est très-bien exprimé aux Institutes : *Si quis per imperatorem, sive, apud præ-*

(1) Inst., §§ 5, 6 et 7 *De adopt.* — J'ajoute ici deux observations importantes, que j'emprunte au jurisconsulte Paul :

1° Quand, du consentement de mon fils, j'adopte Titius *quasi ex filio natum*, Titius *non adgnascitur mihi suus heres* (L. 10, D., *De adopt.*);

2° Quand j'adopte Titius *quasi ex filio natum*, sans le consentement de mon fils, Titius passe bien sous ma puissance, mais à ma mort il ne passera pas sous celle de mon fils (L. 11, *eod. Tit.*).

(2) Comment. 1, § 105.

torem vel apud præsidem provinciæ, NON EXTRANEUM *adoptaverit, potest eumdem alii in adoptionem dare* (1).

La puissance paternelle ne peut appartenir qu'à un homme. On en avait conclu d'abord qu'un eunuque ne peut ni adroger ni adopter (2). On en avait conclu aussi qu'un enfant ne peut être ni adrogé ni adopté par une femme : *Feminæ nullo modo adoptare possunt*, dit Gaius (Comment. I, § 104), *quia ne quidem naturales liberos in potestate habent* (3). Mais cette dernière règle a été modifiée. Dès l'an 291, il est dit dans un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien : *Mulierem quidem, quæ nec suos filios habet in potestate, arrogare non posse certum est. Verùm, quoniam in solatium amissorum tuorum filiorum privignum tuum cupis vicem legitimæ sobolis obtinere, annuimus votis tuis secundùm ea quæ annotavimus, et eum perindè atque ex te progenitum ac vicem naturalis legitimique filii habere permittimus* (4). Et Justinien dit, en termes généraux : *Feminæ, ex indulgentiâ Principis, ad solatium liberorum amissorum, adoptare possunt* (5). Justinien, on le voit, n'admet l'adoption de la part d'une femme qu'autant que cette femme a perdu les enfants sortis de son sein. L'empereur Léon, dans une Constitution qui figure au *Corpus juris*, supprime cette restriction; il permet l'adoption à toutes les femmes en général, comme aussi aux eunuques (6).

III. COMMENT FINIT LA PUISSANCE PATERNELLE.

Les causes qui peuvent amener l'extinction de la puissance paternelle sont au nombre de sept, que nous allons étudier successivement :

1° La puissance paternelle s'éteint par la mort de celui à qui

(1) § 8 *De adopt.* — Remarquez que, si j'ai donné en adoption à un tiers l'enfant que j'avais moi-même adopté, on ne me permettra pas de l'adopter de nouveau : voy. Paul, L. 37 § 1 *De adopt.*

(2) Inst., § 9 *De adopt.* Comp. Gaius, Comment. I, § 103; et Ulpien, L. 39 § 1, D., *De jure dot.* (23, 3).

(3) Ici encore l'expression *naturales liberi* désigne, non les enfants issus du concubinat, mais les enfants issus du mariage. Comp., ci-dessus, p. 291.

(4) L. 5, C., *De adopt.* (8, 48).

(5) Inst., § 10 *De adopt.*

(6) *Nov. Leon.* 27.

elle appartient. Du reste, il y a ici une distinction à faire : tantôt la personne qui était soumise à la puissance paternelle du défunt devient *sui juris*, tantôt elle passe sous la puissance paternelle d'un autre. *Mortuo patre, sane omnimodo filii filiaeve sui juris efficiuntur; mortuo verò avo, non omnimodo nepotes neptesque sui juris fiunt, sed ità si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque, si moriente avo pater eorum et vivit et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt : si verò is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est aut exiit de potestate patris, tunc ii, quia in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt* (1). Cette disposition n'a évidemment besoin d'aucun développement. Je me bornerai à faire remarquer que, dans le droit de Justinien, si l'aieul a donné son fils en adoption à l'ascendant maternel de celui-ci, le petit-fils *moriente avo* deviendra *sui juris*, tandis que si l'aieul a donné son fils en adoption *extraneo*, le petit-fils *moriente avo* passera sous la puissance de son père.

2° La puissance paternelle, nous le savons, est essentiellement du droit civil : celui à qui elle appartient et celui qui s'y trouve soumis doivent nécessairement être tous deux citoyens romains. D'où la conséquence que, le père ou le fils venant à perdre le droit de cité, la puissance paternelle s'évanouit aussitôt. Gaius pose le principe et en fait l'application dans les termes suivants : *Cùm is cui, ob aliquod maleficium, ex lege pœnali, aquâ et igni interdicitur, civitatem romanam amittat, sequitur ut qui eo modo ex numero civium romanorum tollitur, proindè ac mortuo eo desinant liberi in potestate ejus esse : nec enim ratio patitur ut peregrinæ conditionis homo civem romanum in potestate habeat. Pari ratione, et si ei qui in potestate parentis sit, aquâ et igni interdictum fuerit, desinit in potestate parentis esse, quia æquè ratio non patitur ut peregrinæ conditionis homo in potestate sit civis romani parentis* (2).

La peine de l'interdiction de l'eau et du feu existait très-anciennement à Rome. Cicéron en rattache l'origine au principe qu'un citoyen romain ne peut pas perdre malgré lui le droit de cité : *Qui erant rerum capitalium condemnati*, dit-il, *non priùs hanc civi-*

(1) Inst., pr. *Quib. mod. jus pot. solv.* (I, 12). Comp. Ulpien, L. 5, D., *De his qui sui vel al. jur. sunt* (1, 6).

(2) Comment. I, § 128.

tatem amittebant quàm erant in eam recepti quò vertendi, hoc est mutandi soli causâ venerant : id autem ut esset faciendum, non ademtione civitatis, sed tecti et aquæ et ignis interdictione, faciebant (1). Les Institutes, dans le passage correspondant au texte de Gaius qui vient d'être rapporté (2), parlent de la déportation et non plus de l'interdiction de l'eau et du feu. D'après Dion Cassius, la peine de la déportation dans une île aurait été établie par l'empereur Auguste : il paraît qu'elle remplaça peu à peu l'interdiction de l'eau et du feu : *deportatio*, dit Ulpien, *in locum aquæ et ignis interdictionis successit* (3). Cependant les deux peines sont encore mentionnées à côté l'une de l'autre dans un autre Titre des Institutes (4). — Il paraît qu'il y avait une autre espèce de condamnation qui emportait aussi la perte de la cité : *Quidam* ἀπόλιδες *sunt*, dit le jurisconsulte Marcien, *hoc est sine civitate : ut sunt in opus publicum perpetuò dati, et in insulam deportati : ut ea quidem, quæ juris civilis sunt non habeant, quæ verò juris gentium sunt habeant*(5).

Celui à qui appartient la puissance paternelle venant à encourir la perte de la liberté, les choses se passent comme s'il venait à mourir : la puissance paternelle lui échappe, et ceux sur qui il avait cette puissance deviennent *sui juris* lorsqu'entre eux et lui il n'existait pas un intermédiaire qui le remplace aujourd'hui. — Toutefois les effets de la mort sont définitifs, tandis que celui qui a perdu le droit de cité peut le recouvrer. C'est à cela que Justinien se réfère lorsqu'il dit, en parlant des déportés : *Si ex indulgentiâ principali restituti fuerint per omnia, pristinum statum recipiunt* (6). La grâce, la *restitutio*, que l'empereur accorde au déporté, peut avoir des effets plus ou moins considérables. Ainsi, lorsque l'objet de la restitution a été seulement *reditus in patrium solum præcedensque dignitas, potestas patria repetita non videtur* (7). Mais l'empereur a pu accorder expressément *ut pater*

(1) *Pro domo*, nos 29 et 30.
(2) § 1 *Quib. mod. jus pot. solv.*
(3) L. 2 § 1, D., *De pœnis* (48, 19).
(4) § 2 *De cap. deminut.* (I, 16).
(5) L. 17 § 1 *De pœnis.*
(6) Inst., § 1 *in fine Quib. mod. jus pot. solv.* Dans la plupart des éditions, la virgule vient après *restituti fuerint*, et non après *per omnia.*
(7) Gordien, L. 6, C., *De sententiam passis* (9, 51).

liberos in potestatem reciperet (1); il est considéré comme l'ayant accordé par cela seul qu'il a restitué le déporté *per omnia*, ou même par cela seul qu'il l'a restitué dans sa dignité et dans ses biens (2).

Il faut bien distinguer de la déportation la *relegatio in insulam*. Cette dernière peine ne fait pas perdre le droit de cité, elle n'est pas une cause d'extinction de la puissance paternelle : *Relegati patres in insulam, in potestate suâ liberos retinent; et, ex contrario, liberi relegati in potestate parentium remanent* (3). A la différence de la déportation, qui de sa nature est perpétuelle, la relégation peut être prononcée *ad tempus* (4).

Anciennement, lorsqu'un citoyen romain émigrait dans une colonie latine, il perdait par cela même le droit de cité, et il ne pouvait plus être question pour lui de puissance paternelle. Cela était déjà hors d'usage du temps de Gaius (5).

3° Si la perte de la cité emporte extinction du droit de puissance paternelle, il doit en être de même, à plus forte raison, quand c'est la liberté qui est perdue. Aussi Justinien nous dit-il, par application de cette idée : *Pœnæ servus effectus filios in potestate habere desinit; servi autem pœnæ efficiuntur qui in metallum damnantur et qui bestiis subjiciuntur* (6). Evidemment la puissance paternelle ne peut exister ni au profit d'un esclave ni sur un esclave : ce que dit Justinien doit donc être étendu à tous les cas où un citoyen romain, investi de la puissance paternelle ou soumis à cette puissance, devient esclave (7). — Au cas où un individu est *damnatus in metallum*, les textes ajoutent souvent celui où il est *damnatus in opus metalli*. Quelle est la différence? Elle n'est certainement pas considérable; mais, du reste, les jurisconsultes ne paraissent pas avoir été tout à fait d'accord sur ce point. Sui-

(1) Dioclétien et Maximien, L. 9 *eod. tit.*

(2) *Sentences de Paul*, IV, VIII, § 24; Constantin, L. 13 pr., C., *De sentent. pass.*

(3) Inst., § 2 *Quib. mod. jus pot. solv.* Voy. aussi Marcien, L. 4, D., *De interd. et releg.* (48, 22).

(4) Ulpien, L. 7 § 2, D., *De interd. et releg.*

(5) Voy. Comment. I, § 131.

(6) Inst., § 3 *Quib. mod. jus pot. solv.*

(7) Ces cas ont été énumérés ci-dessus, p. 151 et suiv.

vant Ulpien, *differentia in vinculis tantùm est, quòd qui in metallum damnantur, gravioribus vinculis premuntur, qui in opus metalli, levioribus; quòdve refugæ ex opere metalli in metallum dantur, ex metallo graviùs coercentur* (1). Suivant Callistrate, *cùm plebeius in opus metalli vel in metallum datur, nihil refert, nec diversa est pœna operis et metalli, nisi quòd refugæ operis, non morte, sed pœnæ metalli subjiciuntur* (2).

Nous savons déjà que Justinien a décidé dans une Novelle (Nov. 22, ch. 8) que la condamnation *in metallum* ne ferait plus perdre la liberté et ne dissoudrait plus nécessairement le mariage (3). Il faut sans doute en conclure que la puissance paternelle subsistera également au profit du condamné ou sur le condamné.

Supposons que le père qui a la puissance paternelle, ou le fils qui s'y trouve soumis, soit fait prisonnier par les ennemis : il devient esclave. Donc, en nous attachant au principe, nous devons dire que la puissance paternelle est dissoute. En est-il réellement ainsi? Il y a, dans ce cas, quelque chose de particulier : c'est le *jus postliminii*. Aussi Gaius et, après lui, Justinien dans les Institutes ont-ils consacré un paragraphe spécial à l'hypothèse où le citoyen est devenu esclave comme ayant été fait prisonnier de guerre : *Quòd si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus interim hostium fiat, pendet jus liberorum propter jus postliminii, quia hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt: itaque reversus habebit liberos in potestate..... Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus, propter jus postliminii, potestatem quoque parentis in suspenso esse* (4). Celui qui est fait prisonnier par l'ennemi et qui ensuite revient à Rome (*aut in civitatem sociam amicamve*) est censé avoir dormi pendant tout le temps de sa captivité : donc la puissance paternelle qui lui appartenait ou à laquelle il était soumis au moment où il a été fait prisonnier se trouve, quand il revient à Rome, avoir subsisté sans aucune interruption (5).

(1) L. 8 § 6, D., *De pœnis* (48, 19).
(2) L. 5 § 3, D., *De extraord. cognit.* (50, 13).
(3) Voy. ci-dessus, p. 155.
(4) Comment. I, § 129. Comp., aux Institutes, § 5 *Quib. mod. jus pot. solv.*
(5) Nous avons vu que, par dérogation à la règle, le fils du captif a pu valablement se marier *sine jussu patris* dans l'intervalle. Ci-dessus, p. 253.

Sur l'étymologie du mot *postliminium*, voici ce que dit Justinien : *Dictum est postliminium a* LIMINE *et* POST. *Undè eum qui, ab hostibus captus, in fines nostros posteà pervenit, postliminio reversum rectè dicimus : nàm limina sicut in domibus finem quemdam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. Hinc et limes dictus est, quasi finis quidam et terminus. Ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur quo amissus fuerat*..... (1). — Heineccius a proposé une autre étymologie, en invoquant ce que Plutarque rapporte d'une coutume superstitieuse des anciens Romains. Lorsqu'un citoyen fait prisonnier par l'ennemi passait pour mort, s'il revenait près des siens, il eût été de mauvais présage qu'il rentrât dans sa maison par la porte : il y pénétrait *per tegulas et impluvium*, POST LIMEN (2).

La puissance du *postliminium* se manifeste clairement dans la décision suivante, que j'ai déjà eu l'occasion de citer : Le mari et la femme sont faits prisonniers par l'ennemi ; la cohabitation restant possible entre eux, la femme devient enceinte et met au monde un enfant : si le père, la mère et l'enfant reviennent à Rome, l'enfant sera tenu pour légitime ; si au contraire la mère revient seule avec l'enfant, celui-ci, *quasi sine marito natus, spurius habebitur* (3).

Lorsqu'un citoyen romain qui avait des enfants sous sa puissance a été fait prisonnier par l'ennemi, s'il meurt chez l'ennemi, quel aura été l'état de ses enfants pendant la durée de sa captivité ? Appliquerons-nous ici la fiction de la loi Cornelia, qui, pour empêcher l'infirmation du testament, répute le testateur mort à l'instant même où il était fait prisonnier ? Donnerons-nous à la mort arrivée chez l'ennemi un effet rétroactif au jour de la captivité? La question était encore débattue du temps de Gaius : *Si illic mortuus sit*, dit Gaius (Comment. I, § 129), *erunt quidem liberi sui juris ; sed utrùm ex hoc tempore quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo quo ab hostibus captus est, dubitari potest.* Justinien se prononce pour l'effet rétroactif : *Exindè ex quo captus est pater, filius*

(1) Inst., § 5 *in fine Quib. mod. jus pot. solv.*

(2) Voy. Pothier, *Pand. Justin.*, Tit. *De captiv. et postlim.*, n° 1.

(3) Décision des empereurs Sévère et Antonin, rapportée par le jurisconsulte Marcien, L. 25, D., *De captiv. et postlim.* (49, 15).

sui juris esse videtur (1). Et en cela il ne fait que suivre la règle générale déjà formulée par Ulpien : *In omnibus partibus juris, is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur cùm captus est* (2). Au premier abord, on peut s'étonner que la question soit déclarée douteuse par Gaius et que Justinien prenne la peine de la trancher : en effet, lors même qu'on n'étendrait pas à notre hypothèse la fiction de la loi Cornelia, l'enfant ne serait pas moins devenu *sui juris* du jour de la captivité de son père, la puissance paternelle ne pouvant pas appartenir à un *servus*. Voici probablement comment la question pouvait se présenter. L'enfant, pendant que son père est vivant chez l'ennemi, fait un acte qu'on ne peut faire qu'autant qu'on est *sui juris* : par exemple, il affranchit un esclave qui lui a été donné ou légué : dirons-nous que l'affranchissement est nul quoi qu'il arrive, qu'il est nul *propter spem postliminii*, à cause de l'incertitude qui a existé dans le principe au sujet de sa validité, ou bien dirons-nous qu'il se trouvera valable si le père meurt sans avoir recouvré la liberté ?

4° Dans l'ancien droit, la puissance paternelle cessait lorsque la personne qui y était soumise se trouvait investie de certaines fonctions religieuses : *Præterea*, dit Gaius, *exeunt liberi virilis sexûs de patris potestate, si Flamines Diales inaugurentur, et feminini sexûs si virgines Vestales capiantur* (3).

Justinien, dans ses Institutes, indique que ni la profession militaire ni la dignité de sénateur ou de consul ne peuvent libérer le fils de famille de la puissance paternelle. Il ajoute que la dignité de patrice, *summa patriciatûs dignitas*, peut seule avoir cet effet (4).

Plus tard, par la Novelle 81, Justinien déclare affranchir de la puissance paternelle les consuls, les préfets, les *magistri militum*, personnages que leurs fonctions libèrent déjà *a curiâ*. De même aussi les évêques.

5° Dans l'ancien droit, le père pouvait rendre *sui juris* la personne soumise à sa puissance, au moyen de ce qu'on appelle habituellement l'*émancipation*. Ici, comme en matière d'adoption pro-

(1) Inst., § 5 *Quib. mod. jus pot. solv.*
(2) L. 18, D., *De captiv. et postlim.*
(3) Comment. I, § 130. Voy. aussi Comment. III, § 114.
(4) Inst., § 4 *Quib. mod. jus pot. solv.* Comp. L. 5, C., *De consulibus* (12, 3).

prement dite, on utilisait la disposition des douze Tables, qui permet d'aliéner trois fois le fils, une fois la fille ou le petit-enfant *ex filio*. S'agit-il d'émanciper mon fils : je le mancipe à un ami, et celui-ci l'affranchit *vindictâ* comme il affranchirait un esclave; nouvelle *mancipatio*, suivie d'un nouvel affranchissement. Enfin je mancipe mon fils pour la troisième fois, et par là j'épuise complétement mon droit de puissance (1). Mais ici nous pouvons procéder de deux manières, et, comme on va le voir dans un instant, suivant que nous aurons employé l'une ou l'autre, les résultats ne seront pas du tout les mêmes : ou bien l'ami à qui j'ai mancipé mon fils pour la troisième fois va l'affranchir, ou bien il me le remancipera pour que je l'affranchisse moi-même. S'agit-il maintenant d'émanciper ma fille ou mon petit-enfant *ex filio* : pour rendre cette personne *sui juris*, il suffira d'une seule *mancipatio* suivie d'un affranchissement, et, du reste, ici encore il importera beaucoup de savoir si l'affranchissement émane de moi-même ou du tiers (2).

Supposons que le troisième ou l'unique affranchissement émane du tiers et non du père. Alors ce *manumissor extraneus* doit être traité comme un véritable patron, comme un maître qui a donné la liberté à son esclave. En conséquence, si l'émancipé vient à mourir intestat et sans enfant légitime, le droit civil appelle à son hérédité le *manumissor extraneus*; et, de même, si l'émancipé est encore impubère, la tutelle appartient au *manumissor extraneus*. Le père, pour être appelé à l'hérédité et à la tutelle, doit avoir soin d'ajouter à la *mancipatio* un contrat de fiducie, par lequel le tiers s'oblige, non pas à affranchir l'enfant, mais à le remanciper : le père alors procède à l'affranchissement et obtient tous les droits d'un patron. Justinien se réfère encore à cet affranchissement fait par le père lui-même en vertu du contrat de fiducie, lorsqu'il dit : *In hujus filii vel filiæ, vel nepotis vel neptis bonis, qui vel quæ a parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti quæ tribuuntur patrono in bonis liberti; et præterea, si im-*

(1) *Singulæ mancipationes vel iisdem vel aliis testibus fieri possunt, vel eodem die vel intermisso tempore* (Paul, *Sent.*, II, XXV, § 2).

(2) Gaius, I, 132; *Fragm. d'Ulpien*, X, 1.

pubes sit filius vel filia, vel cæteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur (1).

Nous pouvons, du reste, remarquer, dès à présent, que le père eût-il omis le contrat de fiducie, le Préteur, corrigeant le droit civil, appellerait certains proches parents pour recueillir la succession de l'émancipé préférablement au *manumissor extraneus*. Le Préteur donne alors ce qu'on appelle la *bonorum possessio* UNDE DECEM PERSONÆ (2).

Voilà comment les choses se passaient dans l'ancien droit. Il fallait nécessairement que l'enfant qu'on voulait émanciper fût présent et qu'il ne protestât pas contre l'émancipation (3). En 503, l'empereur Anastase décide que désormais le père pourra émanciper ses enfants *vel absentes et peregrè degentes, vel in iisdem locis seu regionibus vel civitatibus commorantes, in judicio verò non præsentes*. Pour cela, il suffira au père d'obtenir un rescrit impérial, lequel devra être insinué *apud competentem judicem*. Les enfants deviennent alors *sui juris, quasi a parentibus ex emancipatione manumissi*. Anastase termine en déclarant qu'il faut toujours le consentement de ceux qu'il s'agit d'émanciper, *nisi infantes sint, qui et sine consensu etiam hoc modo sui juris efficiuntur* (4).

Les Institutes font allusion aux deux modes d'émancipation qui viennent d'être indiqués : *Emancipatio*, dit Justinien, *anteà quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex imperiali rescripto*. Puis il ajoute : *Nostra autem providentia et hoc in melius per Constitutionem reformavit...* (5). D'après la Constitution de Justinien, celui qui veut émanciper son enfant peut d'abord le faire *ex lege Anastasianâ*. Il peut aussi, *sine sacro rescripto, intrare competentis judicis tribunal, vel eos adire magistratus quibus hoc facere vel legibus vel ex longâ consuetudine permissum est*. En somme, l'émancipation résulte d'une simple déclaration faite devant le magistrat, et le contrat de fiducie est toujours sous-en-

(1) Inst., § 6 *in fine Quib. mod. jus pot. solv.*
(2) Inst., § 4 *De bonor. possess.* (III, 9).
(3) *Filiusfamiliàs emancipari invitus non cogitur* (Paul, *Sent.*, II, XXV, § 5).
(4) L. 5, C., *De emancip. liber.* (8, 49).
(5) Inst., § 6 *Quib. mod. jus pot. solv.*

tendu au profit du père émancipateur : *legitima jura omnimodo habet, etsi non specialiter hoc sibi servaverit* (1).

L'ascendant qui a la puissance paternelle sur des descendants de différents degrés est parfaitement libre d'émanciper ceux que bon lui semble et de retenir les autres. Cette règle, posée par Gaius, a été reproduite par Justinien (2). Nous savons déjà que l'aïeul pour faire sortir son petit-fils de sa famille n'a pas besoin du consentement du père de celui-ci (3).

De même que l'affranchi qui se montre ingrat envers son patron peut être replongé en servitude, de même en cas d'ingratitude de l'enfant émancipé il peut y avoir rescision de l'émancipation. C'est ce que décide expressément une Constitution rendue à Milan, en 363, par les empereurs Valentinien, Valens et Gratien (4).

Nous savons que l'enfant soumis à la puissance paternelle ne peut pas être émancipé malgré lui. *Vice versâ*, cet enfant peut-il exiger qu'on le libère de la puissance paternelle ? Le jurisconsulte Marcien répondait non, d'une manière absolue : *Non potest filius, qui est in potestate patris, ullo modo compellere ne sit in potestate, sive naturalis sive adoptivus* (5). Mais, aux Institutes, la manière dont on s'exprime montre que la règle comporte certaines restrictions : *Neque naturales liberi neque adoptivi*, dit Justinien, *ullo penè modo possunt cogere parentes de potestate suâ eos dimittere* (6). En effet, d'abord nous savons que celui qui a été adopté étant mineur de vingt-cinq ans peut, suivant les cas, obtenir le bénéfice de l'*in integrum restitutio*. Justinien rapporte que l'empereur Trajan contraignit un père à émanciper son fils, *quem malè contra pietatem adficiebat* (7). Enfin, d'après une Constitution des empereurs Théodose et Valentinien, la puissance paternelle doit être retirée au père *qui suis filiabus peccandi necessitatem imponit* (8).

(1) L. 6, C., *De emancip. liber.* Comp., Inst., § 8 *De legit. adgnat. succ.* (III, 2).
(2) Gaius, L. 28, D., *De adopt.*; Inst., § 7 *Quib. mod. jus pot. solv.*
(3) Inst., § 7 *De adopt.*, et ci-dessus, p. 308.
(4) L. un., C., *De ingr. liberis* (8, 50).
(5) L. 31, D., *De adopt.*
(6) § 9 *in fine Quib. mod. jus pot. solv.*
(7) L. 5, D., *Si a parente quis manum. sit* (37, 12). Ci-dessus, p. 285.
(8) L. 6, C., *De spectaculis* (11, 40).

6° Dans l'ancien droit, le père qui donnait son enfant en adoption perdait toujours par là même la puissance paternelle. Dans le droit de Justinien, le principe est que la puissance paternelle n'est perdue de cette manière qu'autant que l'enfant est donné en adoption à quelqu'un de ses ascendants. Ce principe a déjà été posé au § 2 *De adopt.*; Justinien y revient encore ici, au § 8 *Quib. mod. jus potest. solv.*

— Ici se place une observation qui s'applique soit au cas où la puissance paternelle est dissoute par émancipation, soit au cas où elle est dissoute *datione in adoptionem*. Quelle sera la condition des enfants que peut avoir celui qui est émancipé ou donné en adoption? Tout dépend de l'époque où ces enfants ont été conçus. Etaient-ils déjà conçus lorsque leur père a été émancipé ou donné en adoption : alors ils restent sous la puissance de leur aïeul, dans la famille d'où sort leur père. Au contraire, n'ont-ils été conçus que depuis l'instant où leur père a été émancipé ou donné en adoption : alors ils sont sous la puissance de leur père ou de celui qui a adopté leur père. *Illud scire oportet*, dit Justinien, *quòd, si nurus tua ex filio tuo conceperit, et filium posteà emancipaveris vel in adoptionem dederis prægnante nuru tuâ, nihilominùs quod ex eâ nascitur, in potestate tuâ nascitur; quòd si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris sui emancipati vel avi adoptivi potestati subjicitur* (1).

Cela se comprend très-bien dans le droit de Justinien, l'émancipation et l'adoption pouvant s'opérer en quelques instants. Mais que décidait-on dans l'ancien droit, lorsqu'un intervalle assez considérable pouvait séparer la première *mancipatio* faite par le père et le moment où l'opération était consommée? A cet égard, voici ce que nous lisons dans Gaius : *Qui ex filio semel iterùmve mancipato conceptus est, licet post tertiam mancipationem patris sui nascatur, tamen in avi potestate est, et ideò ab eo et emancipari et in adoptionem dari potest. At is qui ex eo filio conceptus est qui in tertiâ mancipatione est, non nascitur in avi potestate; sed eum Labeo quidem existimat in ejusdem mancipio esse cujus et pater sit : utimur autem hoc jure, ut, quamdiu pater ejus in mancipio sit, pendeat jus ejus, et,*

(1) Inst., § 9 *Quib. mod. jus pot. solv.*

si quidem pater ejus ex mancipatione manumissus erit, cadit in ejus potestatem; si verò is, dùm in mancipio sit, decesserit, sui juris fit... (1). Nous aurons plus d'une fois occasion de revenir sur ce texte.

— De même que le père qui émancipe son fils ou qui le donne en adoption perd, par sa volonté, la puissance qu'il avait sur lui, de même le père qui se donne en adrogation : nous savons, en effet, que l'enfant qui était sous la puissance de l'adrogé passe sous celle de l'adrogeant (2).

7° La *filiafamiliâs* qui passe sous la *manus* par *coemptio* est libérée de la puissance paternelle comme si elle avait été donnée en adoption par son père : *Mulieres quæ coemptionem fecerunt per mancipationem, potestate parentis liberantur; nec interest an in viri sui manu sint an extranei, quamvis hæ solæ loco filiarum habeantur quæ in viri manu sunt* (3).

Il reste à nous demander si, toutes les fois que la puissance paternelle est dissoute, l'enfant qui cesse d'être soumis à cette puissance cesse par là même d'être l'agnat des agnats du père à qui elle appartenait. A cet égard, il faut distinguer : l'enfant conserve son agnation lorsque la puissance paternelle est dissoute par la mort du père, parce que le père a encouru la privation de la cité ou de la liberté, enfin parce que l'enfant est parvenu à certaines dignités (4); au contraire, il perd son agnation lorsque la puissance paternelle est dissoute par une autre cause.

TROISIÈME CLASSE DE PERSONNES *ALIENI JURIS* : FEMME *IN MANU*.

La *manus* a évidemment été formée sur le modèle de la *patria potestas*. Comme la *patria potestas*, elle est de pur droit civil. Mais, à la différence de la *patria potestas*, qui peut exister sur un homme aussi bien que sur une femme, la *manus* ne peut jamais exister que sur une femme (5).

(1) Comment. I, § 135.
(2) Inst., § 11 *De adopt.*, et, ci-dessus, p. 296.
(3) Gaius, Comment. I, § 136 *in fine*.
(4) Comp. Gaius, Comment. III, § 114.
(5) Gaius, Comment. I, §§ 108 et 109.

Quand une femme est sous la *manus* de son mari, elle est, par rapport à lui, *loco filiæ*. Gaius le dit plusieurs fois (1). Cependant plusieurs interprètes en ont été choqués : est-il donc possible, ont-ils objecté, que je me trouve marié à ma fille? Non, sans doute, cela n'est pas possible, et Gaius ne dit rien de semblable. Gaius dit simplement que ma femme, si j'ai sur elle la *manus*, sera traitée comme si elle était ma fille, et cela n'a rien de choquant. — De ce que la femme *in manu* est *loco filiæ* par rapport à son mari, il s'ensuit que le mari dans son testament peut lui donner un tuteur (2). Il s'ensuit encore qu'elle est pour les enfants de son mari *loco sororis* (3), et pour son beau-père, quand le mari est *filiusfamiliâs*, *loco neptis* (4). La femme n'entre dans la famille de son mari qu'autant qu'elle est ainsi sous sa *manus;* et il paraît qu'anciennement la femme *in manu mariti* avait seule droit au titre de *materfamiliâs* (5).

Il pouvait très-bien y avoir mariage sans que le mari eût la *manus* sur sa femme : la *manus* suppose autre chose que le mariage. Anciennement, dit Gaius (Comment. I, § 110), la *manus* s'établissait de trois manières : *usu*, *farreo*, *coemptione*.

1° Le mari acquiert la *manus* sur sa femme *usu*, lorsque depuis le mariage la femme est restée une année entière sans interruption dans la maison conjugale : la femme alors *velut annuâ possessione usucapiebatur*. La loi des douze Tables avait prévu le cas où une femme ne voudrait pas tomber sous la *manus* de son mari : il fallait que cette femme eût soin de ne jamais laisser passer une année sans s'absenter *trinoctio,* trois nuits de suite : l'usucapion se

(1) Gaius, Comment. I, §§ 111, 114, 115 *b,* 136 *in fine;* Comment. II, § 139.

(2) *Uxori quæ in manu est, proindè ac filiæ,... tutor dari potest* (Gaius, I, § 148).

(3) Gaius, III, § 14 : *Sororis nobis loco est etiam mater aut noverca quæ, per in manum conventionem, apud patrem nostrum jura filiæ consecuta est.* Voy. aussi Gaius, III, 24; et *Coll. leg. mosaïc.*, XV, II, § 14 *in fine.*

(4) Gaius dit, après avoir parlé des héritiers siens et nécessaires, à qui le Préteur permet de s'abstenir de l'hérédité : *Idem juris est in uxoris personâ quæ in manu est, quia filiæ loco est; et in nurûs quæ in manu filii est, quia neptis loco est* (II, § 159).

(5) Voy. Cicéron, *Topiques*, n° 3; Aulu-Gelle, *Nuits att.*, XVIII, chap. 6 *in fine.*

trouvait ainsi interrompue (1). — Il paraît bien résulter d'un passage de Cicéron que ce mode d'établissement de la *manus* ne pouvait pas s'appliquer aux femmes qui étaient *in tutelâ legitimâ* (2). — Gaius nous dit que de son temps les règles concernant l'*usus* étaient déjà pour partie abrogées, pour partie tombées en désuétude (3).

2° Le mari acquiert la *manus farreo* ou *confarreatione*, c'est-à-dire au moyen d'un sacrifice dans lequel figure un gâteau de farine (*farreus*) ; ce sacrifice exige des paroles solennelles et la présence de dix témoins, lesquels tiennent lieu peut-être de dix curies (4). Les *flamines majores*, c'est-à-dire ceux de Jupiter, de Mars et de Quirinus, devaient être issus *ex confarreatis nuptiis ;* et il paraît qu'en raison de cette circonstance la *confarreatio* resta en usage parmi les patriciens, après qu'elle fut tombée en désuétude comme moyen ordinaire de produire la *manus*. Sous Tibère, il fut expressément décidé que désormais la *confarreatio* n'aurait d'effet qu'au point de vue religieux : *Lata lex quâ Flaminica Dialis, sacrorum causâ in potestate viri, cætera promiscuo feminarum jure ageret* (5). — Lorsqu'il y avait *nuptiæ confarreatæ*, si le mari voulait répudier sa femme, il fallait employer un sacrifice analogue à celui qui avait eu lieu dans le principe. Ce nouveau sacrifice s'appelait *diffarreatio* (6).

3° Le mari acquiert la *manus* par la *coemptio*, c'est-à-dire, suivant Gaius, par la *mancipatio*, *per quamdam imaginariam venditionem, adhibitis non minùs quàm V testibus, civibus romanis puberibus, item libripende, præter mulierem eumque cujus in manum convenit* (7). Néanmoins, comme nous le verrons, les paroles qui

(1) Gaius, I, § 111.

(2) *Pro Flacco*, 34. On prétendait qu'une certaine Valeria était tombée sous la *manus* de son mari. Je demande, dit Cicéron, si c'est *usu* ou *coemptione*. *Usu non potuit ! nihil enim potest de tutelâ legitimâ sine omnium tutorum auctoritate deminui*. Pour que la femme puisse devenir *alieni juris*, il faut l'*auctoritas tutorum*; or l'*auctoritas* s'applique à un acte formel, mais non à l'espèce d'aliénation qui résulte de l'*usus* prolongé.

(3) *Dict*. § 111, *in fine*.

(4) Gaius, I, § 112; *Fragm. d'Ulpien*, Tit. IX.

(5) Tacite, *Annales*, IV, 16. Comp. Gaius, I, 136.

(6) Voy. Festus, v° *Diffarreatio* et v° *Flammeo*.

(7) Gaius, I, § 113.

doivent être prononcées dans la *coemptio* ne sont pas absolument les mêmes qu'on prononce dans la *mancipatio*. — On peut dire que la femme *quæ coemptionem facit* joue un double rôle : elle est tout à la fois venderesse et objet de la vente. La *filiafamilias* fait valablement *coemptio patre auctore* (1); et la femme en tutelle fait valablement *coemptio tutoribus auctoribus* (2).

La femme peut *coemptionem facere* soit avec son mari, soit avec un *extraneus*. A un autre point de vue, la *coemptio* peut être faite *matrimonii causâ* ou *fiduciæ causâ* : elle est faite *matrimonii causâ*, quand le but de la femme est de passer sous la *manus* de son mari, *ut apud eum filiæ loco sit* ; elle est faite *fiduciæ causâ*, fût-elle faite *cum marito*, lorsque la femme se propose un autre but (3). Gaius nous donne deux exemples de *coemptio* faite *fiduciæ causâ*, et nous en trouvons un troisième dans Cicéron. Parcourons-les rapidement.

Coemptio tutelæ evitandæ causâ. — Une femme qui a des tuteurs voudrait avoir pour tuteur, à leur place, Sempronius : autorisée par eux, elle fait *coemptio* avec un tiers; ce tiers la mancipe à Sempronius, et Sempronius, l'affranchissant *vindictâ*, va devenir son tuteur. Gaius présente cela comme étant encore usité de son temps (4).

Coemptio testamenti faciendi gratiâ.—Anciennement, une femme en général, *exceptis quibusdam personis*, n'avait le droit de tester qu'autant qu'ayant fait *coemptio*, elle avait été mancipée par le *coemptionator*, puis affranchie. Cicéron fait allusion à cette règle, lorsqu'il dit : *Si ea mulier testamentum fecit quæ se capite nunquam deminuit, non videtur ex Edicto Prætoris secundùm eas tabulas possessio dari* (5). — Quelles sont les *personæ exceptæ*, auxquelles la règle ne s'applique pas? Ce sont d'abord les Vestales : *Virgo Vestalis*, dit Aulu-Gelle, *simul est capta atque in atrium Vestæ deducta et pontificibus tradita, eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione è pa-*

(1) *Coll. leg. mosaic.*, IV, II, § 3; IV, VII.
(2) Voy. Cicéron, *Pro Flacco*, 34; Gaius, I, § 195.
(3) Gaius, I, § 114.
(4) Comment. I, § 115.
(5) *Topiques*, no 4. J'expliquerai plus loin cette expression *se capite deminuit*. La femme qui fait *coemptio* et qui est mancipée subit une *capitis deminutio*.

tris potestate exit et jus testamenti faciendi adipiscitur (1). Ce sont ensuite les femmes qui n'ont point d'agnats, et notamment les affranchies (2). Gaius nous apprend que la règle même, d'après laquelle la femme pour tester doit avoir été *capite minuta*, fut abrogée par un sénatusconsulte rendu *ex auctoritate divi Hadriani* (3).

Coemptio interimendorum sacrorum causâ. — Cicéron accuse les jurisconsultes d'avoir corrompu les anciennes institutions, d'avoir donné le moyen d'éluder les anciennes règles. Ainsi, dit-il, *sacra interire majores noluerunt; jureconsultorum ingenio, senes ad coemptiones faciendas, interimendorum sacrorum causâ, reperti sunt* (4). Supposez une riche héritière qui se trouve tenue des *sacra privata* du *de cujus*. Pour se débarrasser des obligations qui en résultent, elle fait *coemptio* avec un vieillard qu'elle a épousé fictivement : dès lors les biens de la succession passent à ce vieillard, et avec les biens les *sacra privata*. Immédiatement après, le lien résultant de la *coemptio* est rompu par une *mancipatio*, que suit un affranchissement : la femme recouvre en détail ses biens, mais les *sacra privata* restent *apud coemptionatorem*. Celui-ci, tant qu'il vivra, fera les sacrifices prescrits, il les fera moyennant un salaire fourni par la femme qui a eu recours à lui ; comme il est vieux, il mourra bientôt ; comme il est pauvre, il mourra très-probablement sans héritier, et alors les *sacra privata* dont il s'était chargé mourront avec lui (5).

Dans les trois cas qui viennent d'être cités, la *coemptio* est dite *fiduciæ causâ fieri*. En effet, elle n'intervient pas pour que la femme reste sous la *manus* du *coemptionator* : en vertu d'un contrat de fiducie ajouté à la *coemptio*, le *coemptionator* est tenu de dissoudre par une *mancipatio* le pouvoir qu'il vient d'acquérir. Lors même que la *coemptio* est faite par la femme *cum marito suo*, le contrat de fiducie est possible. La femme est *loco filiæ* par rapport

(1) *Nuits att.*, I, 12.

(2) L'affranchie qui est sous la tutelle légitime de son patron n'a besoin, pour tester valablement, que de l'*auctoritas patroni* : voy. Gaius, III, § 43.

(3) Gaius, I, § 115 *a*.

(4) *Pro Murenâ*, 12.

(5) Voy. M. de Savigny, *Vermischte Schriften*, t. I, p. 180 et suiv.

au mari, et celui-ci est tenu de faire ce que fait un père qui veut émanciper sa fille (1).

Nous savons qu'en général l'enfant soumis à la puissance paternelle ne peut pas exiger de son père qu'il le rende *sui juris*. Au contraire, la femme soumise à la *manus* de son mari peut, même indépendamment de tout contrat de fiducie, exiger la dissolution de la *manus* : elle n'a qu'à répudier son mari, et alors, comme le dit Gaius, elle pourra le contraindre à l'affranchir de la *manus* *proindè atque si ei nunquàm nupta fuisset* (2).

QUATRIÈME CLASSE DE PERSONNES *ALIENI JURIS*: INDIVIDU *IN MANCIPIO*.

Si la *manus* offre une grande analogie avec la puissance paternelle, le *mancipium* offre une grande analogie avec l'esclavage. Est *in mancipio* la personne qui, étant soumise à la *patria potestas* ou à la *manus*, a été mancipée par le père ou par le *coemptionator*; et Gaius remarque que tout *coemptionator*, et non pas seulement le mari, a droit de manciper ainsi la femme sur laquelle il a la *manus* (3).

Anciennement, la ressemblance du *mancipium* avec l'esclavage était à peu près complète. Cicéron met sur la même ligne le fils de famille vendu par son père et le citoyen que le peuple a vendu *cùm miles factus non sit* ou *cùm censeri noluerit* (4). Festus (v° *Emancipati*) met également sur la même ligne ceux *qui ex patris jure exierunt* et ceux *qui aliorum fiunt dominii : quorum utrumque*, ajoute-t-il, *fit mancipatione*. Même lorsque le fils de famille n'est plus mancipé que pour la forme, on dit encore qu'il est *loco servi* (5), ou qu'il est *in imaginariam servilem causam deductus* (6). Celui à qui appartient le *mancipium*, comme celui à qui appartient la puissance dominicale, pouvait le transmettre à son héritier; et nous savons déjà que

(1) Voy. Gaius, I, § 115 *b*.
(2) Comment. I, § 137.
(3) Comment. I, §§ 117 et 118.
(4) *Pro Cæcinâ*, n° 34. Comp., ci-dessus, p. 151 et 152.
(5) Gaius, I, §§ 123 et 138; III, § 114.
(6) Paul, L. 3 § 1, D, *De capite min.* (4, 5).

l'individu *in mancipio*, comme l'esclave, devient *sui juris* par la *manumissio* (1).

Voici maintenant la différence que l'on peut signaler entre le *mancipium* et l'esclavage. La qualité d'ingénu est définitivement perdue pour celui qui devient esclave (2); elle est simplement suspendue pour celui qui est constitué *in mancipio* (3). L'esclave, qui peut être l'objet du droit de propriété, peut également être possédé; il n'y a pas de possession possible relativement à l'individu qui se trouve *in mancipio* (4). En général, le maître peut impunément se livrer à toute espèce d'injures envers son esclave; au contraire, *adversùs eos quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliosè facere licet : alioquin, injuriarum actione tenebimur* (5). Enfin nous avons déjà vu que le mariage est nécessairement dissous quand l'un des époux tombe en servitude, tandis que le mariage subsiste lors même que l'un des époux se trouve soumis au *mancipium* (6). Enfin Gaius (Comment. IV, § 80) signale une différence entre l'esclave et l'individu *in mancipio*, au point de vue des dettes qu'ils peuvent avoir contractées; nous reviendrons plus tard sur cette différence.

Il est douteux que le *coemptionator* ait jamais pu constituer réellement *in mancipio* la femme sur laquelle il avait la *manus* : il est assez probable que la *mancipatio* émanée de lui a toujours été un simple expédient pour permettre à la femme de changer de tuteur ou de pouvoir tester. Même la *mancipatio* appliquée aux fils de famille n'avait plus guère lieu sérieusement, du temps de Gaius, que dans un cas unique, dans le cas où elle était faite par le père *ex noxali causâ*, à la suite d'un délit commis par le fils. *Plerumque*, dit Gaius, *solùm et a parentibus et a coemptionatoribus mancipantur cùm velint parentes coemptionatoresque è suo jure eas*

(1) Voy. d'ailleurs, Gaius, I, § 138.

(2) Sauf, bien entendu, le *jus postliminii* pour celui qui devient esclave *captivitate*.

(3) *Qui contemplatione extremæ necessitatis aut alimentorum gratiâ filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non præjudicant*... (*Sent. de Paul*, V, 1, § 1).

(4) Sous ce rapport, l'individu *in mancipio* est traité comme la femme *in manu* : *eas personas non possidemus*, dit Gaius (II, § 90).

(5) Gaius, I, § 141. Nous ne savons pas précisément par qui pourra être exercée cette action d'injures.

(6) Gaius, I, 135. Ci-dessus, p. 318.

personas dimittere... Et un peu plus loin : *Ne diù quidem in eo jure detinentur homines; sed plerumque hoc fit dicis gratiâ, uno momento, nisi scilicet ex noxali causâ manciparentur* (1).

Nous savons que l'individu *in mancipio* peut être affranchi, comme l'esclave, *vindictâ, censu, testamento*. Nous voyons même dans Gaius qu'en général, pour être affranchi *censu*, il n'a pas besoin du consentement de celui sous le *mancipium* duquel il se trouve : *Invito quoque eo cujus in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo quem pater eâ lege mancipio dedit ut sibi remancipetur : nàm quodam modo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso quòd mancipio recipit* (2). *Ac ne is quidem dicitur, invito eo cujus in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causâ mancipio dedit, velut qui furti ejus nomine damnatus est et eum mancipio actori dedit : nàm hunc pro pecuniâ habet* (3). Ainsi, d'après Gaius, il y a seulement deux cas où l'individu *in mancipio* ne peut pas à sa volonté sortir de cet état en se faisant inscrire sur les tables du cens : dans le premier, il ne le peut pas, par respect du droit de son père ; dans le deuxième, il ne le peut pas, par respect du droit de la personne à qui son père l'a mancipé *ex noxali causâ*.

Certaines causes qui empêchent l'affranchissement d'un esclave n'empêchent pas l'affranchissement de l'individu soumis au *mancipium*. Ainsi, la loi Furia Caninia restreint le nombre des esclaves qu'un homme peut affranchir par testament; cette loi n'est pas applicable lorsqu'au lieu d'esclaves il s'agit d'individus qui étaient *in mancipio testatoris*. La loi Ælia Sentia n'est pas non plus applicable : par conséquent, l'affranchissement de l'individu *in mancipio* ne peut pas être déclaré nul comme ayant été fait *in fraudem creditorum vel patroni*, ou comme ayant été fait par un mineur de vingt ans *causâ a consilio non adprobatâ* (4).

Le *mancipium* suppose nécessairement une *mancipatio*; la *manus* peut résulter d'une *coemptio*. L'individu soumis au *mancipium* est

(1) Comment. I, §§ 118 *a* et 141 *in fine*. Voy. aussi Comment. IV, § 79.
(2) Voy. ce qui a été dit à propos de l'émancipation, ci-dessus, p. 316.
(3) Comment. I, § 140.
(4) Gaius, I, § 139.

loco servi; quant à la femme *quæ in manum venit coemptione*, il n'y a rien de semblable, *non deducitur in servilem conditionem*. Comment cela peut-il se faire, la *coemptio* étant une espèce de *mancipatio?* La différence tient, suivant Gaius, à ce que les paroles employées dans la *coemptio* ne sont pas les mêmes qu'on emploie dans la *mancipatio* (1).

Nous nous sommes occupés des personnes *alieni juris;* nous avons maintenant à parler des personnes *sui juris*. Celles-ci sont divisées, par Gaius et par Justinien, en trois classes : *quædam vel in tutelâ sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur* (2). Quant aux personnes *sui juris* qui ne sont ni en tutelle ni en curatelle, nous n'avons rien à en dire ici : c'est surtout pour elles que sont faites toutes les règles de droit commun, concernant la propriété, les obligations, les actions, etc., que nous étudierons plus tard. Au contraire, nous devons étudier dès à présent les règles particulières concernant la tutelle et la curatelle. Conformément à la méthode suivie par Gaius et par Justinien, nous diviserons cette matière en trois parties, savoir :

1re partie : Règles propres à la tutelle;
2e partie : Règles propres à la curatelle ;
3e partie : Règles communes à la tutelle et à la curatelle.

PREMIÈRE PARTIE.

RÈGLES PROPRES A LA TUTELLE.

Paul et, après lui, Justinien reproduisent la définition que Servius donnait de la tutelle : *Tutela est, ut Servius definit, vis ac*

(1) Comment. I, § 123. Gaius nous donne bien les paroles de la *mancipatio* (§ 119), lesquelles ne changent pas suivant qu'il s'agit d'un esclave ou d'un homme libre (*eod.* § 123); il ne nous donne pas celles de la *coemptio*.
(2) Gaius, I, § 142; Inst., pr. *De tutelis* (I, 13).

potestas in capite libero, ad tuendum eum qui propter ætatem suâ sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa (1). — Paul et Justinien ajoutent : *Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsâ re nomen ceperunt ; itaque appellantur* TUTORES, *quasi tuitores atque defensores, sicut* ÆDITUI *dicuntur qui ædes tuentur* (2).

Nous remarquerons tout d'abord que la définition de Servius a probablement été altérée. Du temps de Servius, on donnait un tuteur non-seulement aux impubères, mais aussi aux femmes même nubiles. *Veteres voluerunt*, dit Gaius, *feminas, etiamsi perfectæ ætatis sint, propter animi levitatem, in tutelâ esse* (3). *Tutores constituuntur*, dit également Ulpien, *tàm masculis quàm feminis : sed masculis quidem impuberibus duntaxat, propter ætatis infirmitatem ; feminis autem tàm impuberibus quàm puberibus, et propter sexûs infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam* (4). Dans sa définition, Servius, après les mots *propter ætatem*, doit avoir écrit ceux-ci : *vel propter sexum*. Mais, dans le droit de Justinien, les pubères étant seuls en tutelle, les compilateurs auront supprimé ces derniers mots.

Prenons la définition de Servius telle qu'elle nous a été transmise par Justinien, et arrêtons-nous un instant sur différentes expressions qu'elle renferme.

Vis ac potestas. C'est la leçon commune ; cependant quelques-uns lisent *jus ac potestas*. Certains interprètes ont imaginé de dire que le mot *vis* se réfère à une des fonctions du tuteur et le mot *potestas* à une autre de ses fonctions. Je ne crois pas que telle ait été l'idée du jurisconsulte en employant les deux mots dont il s'agit. Je crois qu'il a voulu simplement indiquer que le tuteur est investi d'une autorité ou d'une puissance particulière, dans laquelle on peut même voir un reflet de la puissance paternelle. C'est ainsi que Tite-Live (XLII, 29), parlant de Ptolémée encore impubère, dit : *Ptolemæus, propter ætatem, alieni etiam tùm arbitrii erat*. Sans doute le mot *potestas*, dans son sens rigoureusement ju-

(1) Paul, L. 1 pr., D., *De tutel.* (26, 1) ; Inst., § 1 *De tutel.* (I, 13).
(2) Paul. L 1 § 1, D., *De tutel.*; Inst., § 2 *De tutel.*
(3) Comment. I, § 144 *in fine*.
(4) *Fragm.*, XI, § 1.

ridique, ne convient pas au tuteur (1); mais on comprend néanmoins très-bien qu'il ait été employé par Servius pour exprimer l'espèce de subordination ou de dépendance dans laquelle se trouve la personne en tutelle.

In capite libero. On peut se demander si le *caput liberum* dont parle Servius est la personne investie de la puissance tutélaire, ou si ce n'est pas plutôt la personne soumise à cette puissance. Appliquée au tuteur, l'expression *caput liberum* signifierait qu'il doit être libre, qu'il ne peut pas être esclave; appliquée à la personne en tutelle, elle signifierait que cette personne doit être *sui juris*, qu'elle doit être libre et de la puissance dominicale et de la puissance paternelle et de la *manus* et du *mancipium*. Les deux idées sont parfaitement vraies; tout se réduit à savoir laquelle des deux Servius a voulu exprimer. Ceux qui pensent qu'il a voulu parler du tuteur prétendent que, s'il avait pensé à la personne en tutelle, il aurait dû écrire, non pas *vis ac potestas* IN CAPITE LIBERO, mais bien *vis ac potestas* IN CAPUT LIBERUM. A l'appui de cette idée, on peut invoquer la manière dont s'exprime Gaius, qui dit à propos de la puissance paternelle : *Ferè nulli alii sunt homines qui talem* IN FILIOS SUOS *habent potestatem qualem nos habemus* (2). Je préfère cependant l'interprétation contraire. Je vois, en effet, que la loi des douze Tables avait une disposition ainsi conçue : *Si furiosus escit, agnatorum gentiliumque* IN EO PECUNIAQUE EJUS *potestas esto* (3).

Jure civili data ac permissa. Ces expressions se réfèrent aux deux classes de tuteurs qui existaient à l'origine. La tutelle est *data jure civili* lorsque la loi elle-même désigne la personne qui remplira les fonctions de tuteur ; c'est la tutelle légitime. La tutelle est *permissa jure civili* lorsqu'un testateur, usant de la permission

(1) Aussi Gaius (I, 142) dit-il très-exactement que les personnes qui peuvent être en tutelle sont celles qui ne sont pas *in potestate*.

(2) Comment. I, § 55.

(3) Cicéron, *De inventione*, II, 50.

Une phrase d'Aulu-Gelle, que j'ai déjà citée en parlant de l'adrogation des impubères, fournit un argument en faveur de l'une et de l'autre interprétation : *Tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est ut caput liberum fidei suæ commissum alienæ ditioni subjiciant* (*Nuits att.*, V, 19). Ainsi, d'une part, Aulu-Gelle emploie l'accusatif, *in pupillos;* mais, d'autre part, il appelle précisément *caput liberum* la personne en tutelle.

écrite dans la loi, a désigné la personne sous la tutelle de qui devront se trouver ses enfants devenus *sui juris* par sa mort. — Devons-nous conclure des expressions de Servius que la tutelle est une institution de droit civil ? Cette conclusion serait contredite par la disposition suivante, qui se trouve également dans les Institutes de Justinien : *Impuberes in tutelâ esse naturali juri conveniens est, ut is qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutelâ regatur* (1). Voilà deux textes en présence desquels il est embarrassant au premier abord de décider si les Romains considéraient la tutelle comme étant de droit civil ou comme étant de droit naturel. Avant tout, il faut bien remarquer que le texte où il est dit que la tutelle est *naturali juri conveniens* a véritablement perdu, en passant dans les Institutes de Justinien, la signification qu'il avait dans les Institutes de Gaius (2). En effet, c'est par opposition à la tutelle des femmes, qui, elle, est bien une création arbitraire du droit positif (3), que Gaius présentait comme étant conforme au droit naturel la tutelle des impubères. Dans le droit de Justinien, il n'est plus question de la tutelle des femmes, et alors le texte de Gaius sur la tutelle des impubères n'a plus la valeur qu'il avait originairement lorsque existaient les deux espèces de tutelles. Du reste, même en faisant abstraction de la tutelle des femmes, on peut dire que la tutelle des impubères est une institution qui dans son principe se rattache bien au droit naturel, mais que le droit civil romain l'avait

(1) § 6 *De atiliano tutore* (I, 20).

(2) Voici comment s'exprimait Gaius : *Impuberes quidem in tutelâ esse omnium civitatum jure contingit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutelâ regatur; nec ferè ulla civitas est in quâ non licet parentibus, liberis suis impuberibus testamento tutorem dare, quamvis soli cives romani videantur tantùm liberos in potestate habere* (Comment. I, § 189).

(3) *Feminas verò perfectæ ætatis in tutelâ esse, ferè nulla pretiosa ratio suasisse videtur : nàm quæ vulgò creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et æquum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quàm vera. Mulieres enim quæ perfectæ ætatis sunt, ipsæ sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratiâ tutor interponit auctoritatem suam; sæpè etiam invitus auctor fieri a Prætore cogitur* (même Comment. I, § 190).

Et, un peu plus loin : *Apud peregrinos, non similiter, ut apud nos, in tutelâ sunt feminæ. Sed tamen plerumque quasi in tutelâ sunt : ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier contrahat, maritum auctorem esse jubet aut filium ejus puberem* (I, § 193).

réglementée d'une manière particulière, qu'il avait établi des principes plus ou moins arbitraires sur la délation de la tutelle, sur les fonctions du tuteur, etc. — En somme, du temps des jurisconsultes, nous trouvons deux sortes de tutelles : l'une, la tutelle des femmes, est de droit civil à tous les points de vue, soit quant à son principe même, soit quant aux règles de détail qui s'y appliquent ; l'autre, la tutelle des impubères, est bien de droit naturel dans son principe, mais le droit civil romain l'avait organisée en marquant de son empreinte particulière la plupart des règles de détail. Du temps de Justinien, lorsque la tutelle des impubères subsiste seule, cette dernière observation peut encore servir à expliquer des textes qui paraissent se contredire.

— J'ai parlé, avec Gaius et avec Justinien, de la tutelle des *impubères*. Au lieu du mot *impubère*, il y a un autre mot qu'on emploie bien souvent en cette matière ; c'est le mot *pupille*. Que signifie précisément ce mot *pupillus ?* Il est un diminutif de *puer*. Etymologiquement, il est donc parfaitement synonyme d'*impubes*, et peut être employé pour désigner l'impubère en puissance aussi bien que l'impubère en tutelle. Nous voyons, en effet, que Justinien, supposant un homme qui a été adrogé et qui meurt *intra pubertatem* se sert du mot *pupillus* (1). Toutefois, dans l'usage, le mot *pupillus* paraît avoir été appliqué exclusivement à l'impubère qui est *sui juris*, et, par conséquent, en tutelle : *Pupillus est*, dit Pomponius, *qui, cùm impubes est, desiit in patris potestate esse, aut morte aut emancipatione* (2).

Après ces notions générales sur la tutelle, nous pouvons aborder l'étude des règles de détail. Les règles dont il s'agit se réfèrent aux trois points suivants :

I. Comment sont désignés les tuteurs ?

II. Quelles sont les fonctions du tuteur ?

III. Comment finit la tutelle ?

(1) Inst., § 3 *De adopt.*
(2) L. 239 pr., D., *De verb. signif.*

I. COMMENT SONT DÉSIGNÉS LES TUTEURS.

1° *De la tutelle testamentaire.*

Celui qui a la puissance paternelle peut dans son testament donner un tuteur aux enfants soumis à sa puissance, bien entendu lorsqu'ils doivent devenir *sui juris* par sa mort : *Permissum est parentibus*, dit Gaius, *liberis quos in potestate suâ habent*, *testamento tutores dare* (1). La permission dont il s'agit remonte à la loi des douze Tables : *Testamento nominatim tutores dati*, dit Ulpien, *confirmantur lege duodecim Tabularum, his verbis :* UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUÆ REI, ITA JUS ESTO. *Qui tutores* DATIVI *appellantur* (2). Il est à remarquer que, dans cette disposition des douze Tables que rapporte Ulpien, la disjonctive VE est évidemment pour la conjonctive QUE. Le jurisconsulte Paul en faisait déjà la remarque : *Sæpè ità comparatum est ut conjuncta pro disjunctis accipiantur, et disjuncta pro conjunctis... : cùm dicitur* SUPER PECUNIA TUTELAVE SUA, *tutor separatim sine pecuniâ dari non potest* (3). Il n'y a point de testament valable sans institution d'héritier : celui qui veut donner un tuteur à ses enfants doit donc nécessairement disposer de ses biens, *legare super pecuniâ suâ*, c'est-à-dire instituer un héritier.

Je puis par mon testament donner un tuteur à mon enfant, ou à mon petit-enfant *ex filio*, lorsque par ma mort il doit devenir *sui juris* (4). Ne puis-je même pas donner ainsi un tuteur testamentaire à mon enfant, ou à mon petit-enfant *ex filio*, quand il n'a jamais été sous ma puissance, quand il naît après ma mort ? Nous verrons que de bonne heure il a été admis qu'un testateur peut instituer héritier le *postumus suus*, ou, à plus forte raison, lui faire un legs (5). Le testateur peut également nommer un tuteur à l'enfant, ou au petit-enfant *ex filio*, qui doit naître *sui juris* après sa

(1) Comment. I, § 144. Voy. aussi, aux Institutes, § 3 *De tutel.*
(2) *Fragm.*, XI, § 14.
(3) L. 53 pr., D., *De verb. signif.*
(4) Voy. Gaius, Comment. I, § 146; Inst., § 3 *in fine De tutel.*
(5) Inst., § 1 *De exhered. liber.* (II, 13).

mort, et qui aurait été sous sa puissance paternelle s'il fût né de son vivant. *Cum in compluribus aliis causis*, dit Gaius, *postumi pro jam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam jam natis testamento tutores dari posse : si modo in ea causa sint ut, si vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant...* (1).

— Jusqu'ici le droit de nommer un tuteur par testament s'est présenté à nous comme étant un attribut de la puissance paternelle : le testateur donne un tuteur à l'enfant qui est soumis à sa puissance ou qui y serait soumis s'il naissait de son vivant. Cette idée est-elle rigoureusement exacte ? Les Romains l'ont-ils appliquée sans y apporter aucune dérogation, aucun tempérament ?

D'abord, lorsque le testateur a sa femme *in manu*, ou lorsqu'il a perdu son fils qui était sous sa puissance et qui avait lui-même sa femme *in manu*, le testateur peut donner un tuteur à sa femme qui est pour lui *loco filiæ*, ou à sa bru qui est pour lui *loco neptis* (2). Sous ce rapport, la règle qui s'applique à la tutelle des impubères s'applique également à la tutelle des femmes. Mais voici quelque chose de particulier à cette dernière tutelle. Non-seulement le testateur qui a sa femme *in manu* peut lui donner un tuteur, mais il peut faire autre chose : il peut lui permettre de choisir elle-même le tuteur qu'elle voudra, *tutoris optionem dare*. La femme alors a le droit de désigner son tuteur, soit d'une manière générale (*in omnes res*), soit simplement pour une ou deux opérations. A un autre point de vue, l'*optio tutoris* laissée par le mari peut être *plena* ou *angusta* : lorsqu'elle est *plena*, la femme peut exercer d'une manière indéfinie son droit d'option ; lorsqu'elle est *angusta*, elle peut l'exercer seulement une fois ou deux fois, suivant ce qui a été réglé par le testateur. Nous savons déjà que le tuteur désigné par le testateur lui-même est appelé *tutor dativus* ; celui que la femme choisit conformément au droit dont le testateur l'a investie à cet égard est appelé *tutor optivus* (3). — Entre autres prérogatives qui furent accordées à l'affranchie Fecenia Hispala, pour avoir révélé les mystères nocturnes des Bacchanales, nous voyons qu'un sénatusconsulte sanctionné dans

(1) Gaius, I, § 147; Inst., § 4 *De tutel.*
(2) Gaius, I, § 148.
(3) Gaius, I, §§ 150-154.

les comices par tribus décida qu'elle aurait la *tutoris optio*, *quasi ei vir testamento dedisset* (1).

Maintenant supposons qu'un testateur a nommé un tuteur à un enfant qui n'est point sous sa puissance et qui n'est point *postumus suus* par rapport à lui : la nomination sera-t-elle considérée comme non avenue? A cet égard, plusieurs distinctions doivent être faites. Si le tuteur est donné à l'enfant par le père qui l'a émancipé, ce tuteur doit être confirmé par le magistrat *omni modo, id est sine inquisitione* (2); peu importe, du reste, que dans son testament le père émancipateur ait institué ou exhérédé l'enfant. — Quand le tuteur est donné par le père naturel, si celui-ci n'a rien laissé à l'enfant, la nomination est dépourvue de toute espèce d'effet; si au contraire il a fait quelque disposition au profit de l'enfant, la nomination pourra être confirmée *cum inquisitione*. C'est, du moins, ainsi que me paraît devoir être entendu le texte d'Hermogénien : *Naturali filio, cui nihil relictum est, tutor frustrà datur a patre; nec sine inquisitione confirmatur* (3). — Même distinction lorsque le tuteur a été donné par la mère : *Pater*, dit Modestin, *herede instituto filio vel exheredato tutorem dare potest; mater autem non nisi instituto, quasi in rem potiùs quàm in personam tutorem dare videatur. Sed et inquiri in eum qui matris testamento datus est tutor, oportebit...* (4). Enfin, lorsque le tuteur a été donné par toute autre personne, *ab extraneo*, il pourra être confirmé *cum inquisitione*, si le testateur a fait une disposition en faveur de l'enfant et si de plus l'enfant n'a pas d'autres biens (5).

En somme, pour que le tuteur soit *rectè datus*, plusieurs conditions sont nécessaires : il faut qu'il soit donné par le père ou par l'aïeul paternel, donné à l'enfant qui a été dans la famille de son

(1) Tite-Live, XXXIX, 19.

(2) Inst., § 5 *De tutel.*

(3) L. 7 pr., D., *De confirm. tut.* (26, 3). Voy. en ce sens M. de Vangerow, *Lehrbuch*, § 265.

(4) L. 4, D., *De testament. tut.* (26, 2). — Il n'y a rien de contraire dans la Constitution de l'empereur Alexandre qui forme la L. 4, C., *De testam. tut.* (5, 28). En effet, cette Constitution doit être lue ainsi : *Mater testamento filiis tutores dare non potest, nisi eos heredes instituerit. Quandò autem eos heredes instituerit, solet ex voluntate defunctæ datus tutor a Præsidibus confirmari.*

(5) Paul, L. 4, D., *De confirm. tut.*

père ou de son aïeul jusqu'à la mort de celui-ci, donné en certains termes impératifs et non en termes précatifs, enfin donné *in testamento aut in codicillis testamento confirmatis*. L'une de ces conditions venant à manquer, la *datio tutoris* ne vaudra pas par elle-même, *ipso jure :* si elle émane du père légitime, elle devra être confirmée par le magistrat *omni modo*, *sine inquisitione;* si elle émane d'une autre personne, elle ne pourra jamais être confirmée que *cum inquisitione* (1).

Pour qu'un enfant reçoive un tuteur testamentaire, il ne suffit pas que le testateur ait eu le droit, il faut avant tout qu'il ait eu la volonté de le lui donner. Or il peut se présenter des cas où cette volonté sera douteuse. Voici plusieurs décisions d'Ulpien, reproduites par Justinien dans ses Institutes, et qui se rapportent à des cas de ce genre : *Si quis* FILIABUS *suis vel* FILIIS *tutores dederit, etiam postumæ vel postumo dedisse videtur, quia filii et filiæ appellatione postumus vel postuma continetur. Quòd si nepotes sint, an appellatione filiorum et ipsis tutores dati sunt? Dicendum est ut ipsis quoque dati videantur, si modò* LIBEROS *dixit*; *cœterùm, si* FILIOS, *non continebuntur : aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Planè, si* POSTUMIS *dederit, tàm filii postumi quàm cœteri liberi continebuntur* (2). En résumé, quand le testateur a dit qu'il nommait Titius tuteur *filiis suis*, cela s'applique même à un fils posthume, cela ne s'applique pas à des petits-enfants ; s'il avait dit *liberis suis*, cela s'appliquerait aux petits-enfants comme aux enfants; enfin, s'il a dit *postumis suis*, cela s'applique à un petit-enfant aussi bien qu'à un enfant posthume.

Le testateur peut-il déférer la tutelle absolument à toute personne ?

Ici nous appliquerons d'abord la règle générale suivant laquelle aucune disposition testamentaire n'est valable si elle ne s'adresse à une personne avec laquelle le testateur a la *factio testamenti*. Nous

(1) Modestin, L. 1 §§ 1 et 2, D., *De confirm. tut.*

(2) Ulpien, LL. 5 et 6, D., *De testam. tut.*; Inst., § 5 *Qui testam. tut. dari possunt* (I, 14).

dirons, en conséquence, que le testateur ne **peut pas valablement** déférer la tutelle à un *peregrinus*, à un affranchi déditice, à un déporté (1). De même, il ne peut pas la déférer à une personne incertaine, par exemple *ei qui primus ad funus venerit* (2). Même parmi les personnes avec lesquelles existe la *factio testamenti*, il en est qui ne peuvent pas être appelées à la tutelle. Tel est le Latin Junien : *Testamento tutores dari possunt*, dit Ulpien, *hi cum quibus testamenti faciendi jus est*, *præter Latinum Junianum : nàm Latinus habet quidem testamenti factionem, sed tamen tutor dari non potest : id enim lex Junia prohibet* (3). — Une femme ne peut pas non plus être appelée à la tutelle : la tutelle, comme la puissance paternelle, appartient exclusivement aux hommes. *Jure nostro*, dit Papinien, *tutela communium liberorum matri, testamento patris, frustrà mandatur ; nec, si provinciæ Præses, imperitiâ lapsus, patris voluntatem sequendam decrevit, successor ejus sententiam quam leges nostræ non admittunt, rectè sequetur* (4). Le jurisconsulte Neratius indique cependant que, quand une mère a été nommée tutrice de ses enfants, l'empereur sur sa demande peut lui accorder la tutelle (5). Dans le Bas-Empire, on est allé plus loin. Une Constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, de l'an 390, décide que la mère restée veuve peut sur sa demande être chargée de la tutelle de ses enfants, pourvu qu'elle prenne l'engagement de ne pas se remarier (6) ; et Justinien, dans la Novelle 118, chap. 5, veut que la mère et la grand'mère soient appelées de plein droit à la tutelle *secundùm hereditatis ordinem*, quand il n'y a pas de tuteur testamentaire : il faut seulement qu'elles renoncent à se remarier et à invoquer le bénéfice du sénatusconsulte Velléien. Il y a là, on le voit, pour la mère et pour la grand'mère, non pas simplement la possibilité d'être tutrices *ex testamento*, mais la vocation à une sorte de tutelle légitime.

Nous savons que le *filiusfamiliâs*, qui ne peut avoir ni la puis-

) *Fragm. d'Ulpien*, X
. Gaius, Comment. II,
)*Fragm.*, XI, § 16.
;L. 26 pr., D., *De testam. tut.*
(5) L. 18, D., *De tutel.*
(6) L. 2, C., *Quandò mulier tut. off. fungi potest* (5, 35).

sance dominicale ni la puissance paternelle, peut au contraire être investi d'une magistrature, d'une fonction publique. Il peut également être tuteur, en vertu d'un testament : *Dari potest tutor, non solùm paterfamiliâs, sed etiam filiusfamiliâs* (1).

Un esclave ne peut pas être tuteur; un affranchi peut très-bien l'être. Voyons, d'après cela, ce qui doit arriver lorsque le testateur nomme pour tuteur un esclave. Avant tout, il faut distinguer suivant que le testateur a ainsi nommé son propre esclave ou l'esclave d'autrui. Examinons successivement les deux cas :

1° Le testateur a nommé tuteur son propre esclave. Pas de difficulté s'il lui a en même temps laissé la liberté : en vertu du testament, l'esclave sera libre et tuteur. Mais qu'arriverait-il si le testateur s'était borné à le nommer tuteur, sans lui laisser expressément la liberté? Dans le droit de Justinien, on sous-entend la *manumissio* : celui qui, sachant que Stichus est son esclave, le donne pour tuteur à son enfant, manifeste par là même très-clairement la volonté d'affranchir Stichus : Stichus deviendra libre et tuteur en vertu du testament, comme si le testateur, au lieu de dire simplement *Stichus filio meo tutor esto*, avait commencé par dire *Stichus liber esto*. Cette décision est donnée, aux Institutes, dans les termes les plus formels (2). N'est-ce pas là une innovation de Justinien? Il est certain que, dans l'ancien droit, la grande majorité des jurisconsultes n'admettait pas que la *libertas directa* pût résulter implicitement d'une disposition testamentaire (3). Ce qu'on admettait de plus favorable, c'est que le testateur, en nommant son esclave tuteur, pouvait être considéré comme lui laissant la *libertas fideicommissaria*, comme imposant à son héritier l'obligation de l'affranchir. C'est effectivement ce que décide le jurisconsulte Ulpien (4); c'est aussi ce que reconnaissent les empereurs Valérien et Gallien, dans un rescrit dont voici le texte même : *Etsi, non adscriptâ libertate, testator servum suum tutorem filiis suis dederit,*

(1) Inst., pr. *Qui test. tut. dari possunt.*

(2) *Servus proprius testamento cum libertate rectè tutor dari potest. Sed sciendum est eum, et sine libertate tutorem datum, tacitè libertatem directam accepisse videri et per hoc rectè tutorem esse. Planè, si per errorem, quasi liber, tutor datus sit, aliud dicendum est* (§ 1 *Qui test. tut. dari poss.*).

(3) Voy., ci-dessus, p. 216.

(4) L. 10 § 4, D., *De testam. tut.*

receptum est, et libertatis et pupillorum favore, ut per fideicommissum manumisisse eum videatur (1).

Il semble donc bien que c'est seulement à Justinien qu'on doit rapporter la règle suivant laquelle l'esclave nommé tuteur dans le testament de son maître obtient par là même la liberté directe. Voici cependant ce que nous lisons dans un fragment qui figure au Digeste sous le nom du jurisconsulte Paul : *Lucius Titius heredes instituit filios suos pupillaris ætatis, eisque tutores his verbis dedit :* FILIIS MEIS TUTORES SUNTO GAIUS MÆVIUS ET LUCIUS EROS. *Cui Eroti libertatem non dedit; fuit autem Eros intrà* XXV *annos ætatis. Quæro an possit libertatem sibi vindicare. Paulus respondit : Quoniam placet eum qui a domino tutor datus est libertatem quoque meruisse videri, eum quoque de quo quæritur, in eâdem causâ habendum, et liberum quidem ab aditâ hereditate esse, tutelâ tamen post legitimam ætatem onerari* (2). Paul admettait donc déjà la doctrine consacrée dans les Institutes ! Oui, à moins que nous ne disions, et pour ma part je suis bien porté à le dire, que ce texte a été corrigé par les commissaires de Justinien. Dans l'espèce soumise au jurisconsulte se rencontraient plusieurs circonstances particulières : d'abord l'esclave Eros avait été nommé tuteur dans le testament de son maître, sans être expressément affranchi ; puis cet esclave n'avait pas encore vingt-cinq ans. On décide, au Digeste, qu'Eros devient libre dès que l'héritier institué par son maître a fait adition, mais qu'il devient tuteur seulement quand il a vingt-cinq ans accomplis ; Paul décidait, suivant toute apparence, que l'héritier, dès qu'il a fait adition, doit comme grevé de fidéicommis affranchir l'esclave, et que l'esclave ainsi affranchi est immédiatement chargé de la tutelle (3). Mais, du temps de Paul, puisque l'esclave ainsi affranchi par l'héritier a moins de vingt-cinq ans, il semble qu'aux termes de la loi Ælia Sentia, il doit devenir latin et non citoyen romain, que par conséquent il ne peut pas être tuteur ! Je réponds que l'héritier devait peut-être l'affranchir *apud consilium*

(1) L. 9, C., *De fideic. libert.* (7, 4).

(2) L. 32 § 2, D., *De testam. tut.*

(3) En effet, avant Justinien, le mineur de vingt-cinq ans n'est point incapable d'être tuteur ; son âge constitue simplement une cause d'excuse. Voy., aux Institutes, § 13 *De excusat.* (1, 25).

causâ probatâ; que peut-être même le choix que son maître avait fait de lui pour être tuteur de ses enfants constituait si manifestement une *justa causa manumissionis* que l'intervention du conseil était superflue (1).

Supposons que le testateur ait nommé son esclave tuteur, pour le cas où il deviendrait libre, *cùm liber erit :* alors la nomination serait complétement nulle (2). Cette décision tient à ce que la manière dont procède le testateur montre suffisamment qu'il n'attache aucune importance à ce que ses enfants aient pour tuteur l'homme dont il s'agit : s'il y attachait une réelle importance, il ne laisserait pas dépendre de la bonne volonté de son héritier un affranchissement qu'il lui est si facile d'ordonner. — Celsus décide de même au cas où un maître institue son esclave héritier *cùm liber erit :* l'institution ainsi faite est nulle, quoi qu'il arrive, *quia ratio suadet,* ajoute Gaius, *eum qui libertatem dare potest, ipsum debere, aut præsenti die, aut in diem, aut sub conditione, dare libertatem, nec habere facultatem, in casum a quolibet obvenientis libertatis, heredem instituere* (3). Pour que la loi reconnaisse un homme comme tuteur ou comme héritier, il faut avant tout que le testateur lui-même ait eu la ferme volonté qu'il le devînt.

2° Le testateur a nommé tuteur un *servus alienus*, un esclave appartenant à autrui. Pas de difficulté s'il l'a nommé *cùm liber erit;* c'est une nomination très-valable, mais conditionnelle (4). Pas de difficulté non plus s'il l'a nommé tuteur en grevant son héritier ou une autre personne, à titre de fidéicommis, de l'obligation de se le procurer pour ensuite l'affranchir : l'esclave doit être affranchi, et aussitôt il se trouvera chargé de la tutelle (5). — Mais que décider si le testateur a purement et simplement nommé tuteur l'esclave d'autrui ? A cet égard, nous trouvons dans les textes du droit romain les traces de quelques hésitations. D'abord il est hors

(1) Voy. par analogie la décision donnée pour le cas où l'esclave a été institué héritier par son maître. Ci-dessus, p. 214.

(2) Inst., § 1 *in fine Qui test. tut. dari poss.*

(3) LL. 21 et 22, D., *De condit. instit.* (28, 7).

(4) *Servus alienus,* CUM LIBER ERIT, *tutor utiliter datur* (Inst., § 1 *Qui test. tut. dari poss.*).

(5) Valérien et Gallien, L. 5, C., *De testam. tut.* (5, 28), prévoient un cas tout particulier.

de doute que la nomination serait nulle si le testateur l'avait faite sous l'empire de l'erreur, croyant nommer un homme libre. Si au contraire il a parfaitement su qu'il s'agit d'un *servus alienus*, Ulpien commence par dire qu'il faut sous-entendre la condition *cùm liber erit*. Puis il ajoute : « On peut même soutenir qu'il y a là, au profit de l'esclave, *fideicommissaria libertas* » (1). C'est précisément cette dernière interprétation qui se trouve consacrée par les empereurs Valérien et Gallien, dans une Constitution que j'ai déjà citée : *Etsi non suum proprium*, disent les empereurs, *sed alienum servum, conditionem ejus sciens, tutorem adscripserit, æquè fideicommissariam libertatem datam, nisi aliud evidenter defunctum sensisse appareat, prudentibus placuit* (2). Cette décision me paraît infiniment préférable à ce que dit Justinien : *Servus alienus purè inutiliter testamento datur tutor* (3) ; et il n'y a, du reste, aucune raison de faire prévaloir cette proposition rigoureuse sur des Lois du Code et du Digeste.

— Un *furiosus* ne peut pas être tuteur. Qu'arrivera-t-il donc si le testateur se trouve avoir nommé tuteur un homme en état de démence ? Les jurisconsultes romains étaient partagés sur ce point, du moins en supposant que le testateur n'eût pas ajouté la condition *cùm furere desierit*. L'opinion de Pomponius, de Paul et d'Ulpien, d'après laquelle cette condition est sous-entendue quand le testateur a omis de l'écrire, a prévalu dans le droit de Justinien (4).

Du cas où le testateur a nommé un *furiosus*, les Institutes rapprochent le cas où il a nommé un mineur de vingt-cinq ans : *Minor viginti quinque annis, tutor testamento datus, tutor erit cùm major viginti quinque annis factus fuerit* (5). Dans l'ancien droit, j'ai déjà eu occasion de le remarquer, un homme pouvait être tuteur avant d'avoir vingt-cinq ans accomplis : ce qui avant Justinien était simplement un cas d'excuse est devenu dans le droit de Justinien

(1) L. 10 § 4, D., *De testam. tut.*
(2) L. 9, C., *De fideic. lib.* (7,4).
(3) Inst., § 1 *Qui test. tut. dari poss.*
(4) L. 10 § 3, D., *De testam. tut.*; L. 11 *De tutel.*; Inst., § 2 *Qui test. tut. dari poss.*
(5) *Eod.* § 2.

un cas d'incapacité. — Si nous supposons, dans le droit de Justinien, qu'un jeune homme de vingt ans est donné pour tuteur à un enfant de dix ans, il faut dire que la nomination est complétement nulle. En effet le pupille deviendra pubère, et n'aura plus besoin de tuteur, avant que le *tutor datus* ait atteint l'*ætas legitima* et soit devenu capable d'administrer une tutelle.

Il nous reste à rechercher sous quelles modalités un tuteur peut être nommé par testament.

Ad certum tempus, dit Justinien, *seu ex certo tempore*, *vel sub conditione,... posse dari tutorem non dubitatur* (1).

Ad certum tempus ; je veux que Titius soit tuteur de mes enfants jusqu'à telle époque. Lorsque l'époque fixée sera venue, Titius sera remplacé dans la tutelle. — *Ex certo tempore :* je veux que Titius soit tuteur de mes enfants à partir de telle époque. Si les enfants se trouvent *sui juris* avant l'époque fixée, le magistrat leur nommera un tuteur, et celui-ci cédera la place à Titius quand l'époque sera venue (2). — Ces deux modalités, *ad certum tempus*, *ex certo tempore*, sont valablement apposées à une *datio tutoris*. Au contraire, nous verrons plus tard que, si elles étaient apposées à une institution d'héritier, elles seraient considérées comme non écrites (3).

Sub conditione. La condition, en général, est un événement, futur et incertain, de l'arrivée duquel on fait dépendre l'existence d'un droit. La *conditio*, comme le *dies*, peut être apposée de deux manières à la *datio tutoris*. Le testateur a pu dire : *Titius deviendra tuteur de mes enfants, si tel événement arrive*. Il a pu dire aussi : *Que Titius soit tuteur de mes enfants ; qu'il cesse de l'être si tel événement arrive* (4). Nous connaissons déjà une condition de la première espèce : le testateur a nommé tuteur un *servus alienus*, en ajoutant *cùm liber erit*. — Il est permis au testateur qui nomme un tuteur

(1) Inst., § 3 *Qui test. tut. dari poss.*
(2) Inst., § 1 *De atiliano tut.* (I, 20).
(3) Inst., § 9 *De hered. inst.* (II, 14).
(4) Dans le premier cas, on dit proprement que le tuteur est nommé *sub conditione;* dans le deuxième, il est nommé *usque ad conditionem*. Voy. Ulpien, L. 8 § 2, D., *De testam. tut.*

de mettre une condition purement potestative de la part de celui qu'il nomme : *Ità rectè tutor dabitur*, dit Africain, TITIUS SI VOLET, FILIO MEO TUTOR ESTO (1). Le tuteur ainsi nommé n'aura pas besoin, pour se dispenser du fardeau de la tutelle, de présenter une des causes d'excuse reconnues par la loi.

La règle que la *datio tutoris testamento facta* comporte l'apposition d'un terme ou d'une condition, cette règle n'est-elle pas contraire à la doctrine ainsi formulée par le jurisconsulte Papinien : *Actus legitimi qui recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem*... (2)? Non : la disposition testamentaire contenant nomination d'un tuteur n'est certainement pas un *actus legitimus*, pas plus que celle qui porte affranchissement d'un esclave (3); et Papinien, quand il parle de la *datio tutoris*, n'a en vue que la nomination faite par le magistrat (4).

Le même paragraphe des Institutes où il est dit que par testament un tuteur peut être nommé à terme ou sous condition, ajoute qu'il peut aussi être nommé *antè heredis institutionem*. Cette décision avait une certaine importance dans l'ancien droit; elle n'en a plus aucune dans le droit de Justinien. Dans l'ancien droit, la règle générale était qu'une disposition testamentaire n'est valable qu'autant qu'elle est écrite après l'institution d'héritier (5). Seulement on se demandait si cette règle générale devait être appliquée même à la simple *datio tutoris*, et les Proculiens en repoussaient l'application par le motif que *nihil ex hereditate erogatur tutoris datione* (6). Dans le droit de Justinien, il est de principe que même les legs et les affranchissements peuvent être écrits *antè heredis ins-*

(1) L. 23 § 1, D., *De testam. tut.*
(2) L. 77, D., *De reg. jur.*
(3) Voy., ci-dessus, p. 190.
(4) Cela est très-bien expliqué par Ulpien : *Sub conditione a Præsidibus provinciarum non posse dari tutorem placet; et, si datus sit, nullius esse momenti dationem*... (L. 6 § 1, D., *De tutel.*).
(5) Voy. Gaius, Comment. II, §§ 229 et 230.
(6) Gaius, Comment. II, § 231. — Il est évident que, même dans la doctrine des Proculiens, le testateur qui veut nommer tuteur son esclave n'aurait pas pu écrire avant l'institution d'héritier cette disposition : *Stichus liber esto, et filiis meis tutor esto.*

titutionem (1): il va de soi qu'on ne sera pas plus exigeant pour la *datio tutoris.*

—Qu'arriverait-il si le testateur, en nommant un tuteur, ajoutait que ce tuteur s'occupera seulement de certains biens ou de certaines affaires du pupille ? A cet égard, Justinien se borne à reproduire la doctrine des anciens jurisconsultes lorsqu'il répond : *Certæ rei vel causæ tutor dari non potest; quia personæ, non causæ vel rei datur* (2). Or, que signifie précisément cette règle *tutor datur personæ?* Elle ne signifie point que la fonction essentielle du tuteur consiste à prendre soin de la personne, c'est-à-dire de l'éducation et de l'entretien du pupille (3). C'est ce qu'il est bien facile de démontrer. D'abord, dans la tutelle des femmes les fonctions du tuteur présentent le même caractère essentiel que dans la tutelle des impubères; or, ce qui concerne l'éducation et le bien-être physique d'une femme nubile n'est certainement pas dans les attributions de son tuteur. D'ailleurs, nous savons positivement que le tuteur d'un impubère n'a point à s'occuper de son éducation: c'est le magistrat qui y pourvoit avec le concours des proches parents (4); seulement, le tuteur pour cela, comme en général pour l'entretien du pupille, fournit l'argent nécessaire, suivant ce que le magistrat détermine eu égard à la fortune du pupille (5).

Lorsqu'on dit *tutor datur personæ*, on veut dire simplement que le tuteur doit compléter la personnalité juridique du pupille, en l'autorisant à faire les actes qu'il ne peut pas faire seul. Aux yeux des Romains, ni les impubères ni les femmes n'ont une personnalité complète, et cela se rattache peut-être à l'idée que ceux-là seuls qui peuvent porter les armes ont, en principe, la plénitude de jouissance et d'exercice des droits civils. Le pupille et la femme ont donc besoin de l'adjonction d'un homme qui vienne compléter

(1) Inst., § 34 *De legatis* (II, 20).

(2) Inst., § 4 *Qui test. tut. dari poss.* Comp. LL. 12, 13 et 14, D., *De testam. tut.*

(3) Les rédacteurs du Code Napoléon paraissent cependant avoir voulu traduire la règle romaine lorsqu'ils ont dit, au commencement de l'art. 450 : « Le tuteur prendra soin de la personne du mineur... »

(4) Voy., au Digeste, le Titre *Ubi pupillus educari vel morari debeat* (27, 2); particulièrement la L. 1 pr. et § 1.

(5) Voy. le même Titre *Ubi pup. educ.*

leur personnalité : c'est le tuteur qui par son *auctoritas* arrive à ce résultat. Aussi peut-on dire avec raison que l'*auctoritatis interpositio* est le caractère essentiel de la tutelle; et c'est la même idée que l'on exprime autrement quand on dit *tutor datur personæ*.

A l'appui de cette doctrine, qui aujourd'hui est généralement admise (1), je me borne pour le moment à présenter une seule considération. Il peut arriver qu'un impubère *sui juris* se trouve actuellement sans tuteur, si par exemple le tuteur qui lui a été nommé est en instance pour se faire excuser : alors, provisoirement, pour ne pas laisser en souffrance les intérêts du pupille, on lui nommera un curateur. Mais survient un acte qu'il importe de faire promptement et qui ne peut être fait que par la partie intéressée elle-même, une adition d'hérédité, je suppose. L'adition sera-t-elle faite par le pupille assisté du curateur? Non : il faut que le pupille soit autorisé, et, comme l'*auctoritas* ne peut émaner que d'un tuteur, on va immédiatement en nommer un (2). Rien, à mon sens, ne montre mieux que cette décision le rapport intime qui existe chez les Romains entre l'idée de tutelle et l'idée d'autorisation du pupille.

D'après cela, lorsqu'un testateur *tutorem dat certæ rei vel causæ*, c'est-à-dire nomme un tuteur qui devra seulement administrer un certain bien ou diriger une certaine affaire, ce testateur méconnait le caractère essentiel de la tutelle : en conséquence, la nomination ainsi faite est absolument nulle, *tota datio nihil valebit*, comme le dit Pomponius (3). — Toutefois, dans la pratique, une exception avait été apportée à la règle, pour le cas où un pupille qui demeure à Rome se trouve avoir des biens situés dans une province : *Si tamen tutor datur*, dit Ulpien, *rei Africanæ vel rei Syriaticæ, utilis datio est : hoc enim jure utimur* (4).

(1) Voy. M. de Vangerow, *Lehrbuch*, § 263.
(2) Modestin, L. 17 § 1 *De appellat.* (49, 1). Voy. aussi Paul, L. 19 *De auctor. et cons. tut.* (26, 8).
(3) L. 13, D., *De testam. tut.*
(4) L. 15 *eod. Tit.*

2° *Tutelle légitime des agnats.*

Il y a tutelle légitime, dans le sens large du mot, lorsque la loi elle-même désigne celui qui doit être le tuteur de tel pupille : *Legitimi tutores sunt*, dit Ulpien, *qui ex lege aliquâ descendunt; per eminentiam autem* LEGITIMI *dicuntur qui ex lege duodecim Tabularum introducuntur, seu propalàm, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni* (1). Gaius et Justinien indiquent également que, d'après la loi des douze Tables, celui qui n'a pas de tuteur testamentaire (s'il est ingénu) est sous la tutelle de ses agnats (2).

Nous avons déjà une idée de ce que sont les agnats. Les développements que Justinien donne sur ce point (3) et qu'il a empruntés presque textuellement à Gaius (4), laissent peut-être un peu à désirer sous le rapport de la précision. L'*agnatio* se lie étroitement à la *patria potestas*. Ceux qui ont été sous la puissance paternelle du même chef et qui n'en sont point sortis par l'effet d'une adoption ou d'une émancipation, ceux-là sont agnats entre eux. Mais ce n'est pas tout : sont également agnats entre eux tous ceux qui auraient été réunis sous la puissance paternelle du même chef s'ils fussent nés plus tôt. Ainsi, deux frères germains ou consanguins sont agnats, soit qu'ils aient été effectivement tous deux sous la puissance de leur père, soit qu'un seul y ait été, l'autre étant né depuis la mort du père. De même, le frère germain ou consanguin de mon père est mon agnat; de même encore le fils de mon frère germain ou consanguin. Au contraire, mon frère utérin n'est pas mon agnat; de même le frère de ma mère. En un mot, les agnats sont les membres de la même famille civile; or la base essentielle de cette famille, ce n'est pas le lien du sang, c'est la puissance paternelle. Mon frère germain ou consanguin, même celui qui a été adopté par mon père, est dans la même famille civile que moi : il est mon agnat. Mon frère utérin est dans la

(1) *Fragm.*, XI, § 3.
(2) Gaius, I, § 155; Inst., pr. *De legit. adgnat. tut.* (I, 15).
(3) Inst., § 1 *De legit. adgnat. tut.*
(4) Comment. I, § 156. Voy. aussi *Fragm. d'Ulpien*, XI, § 4.

famille civile de son père et non dans la mienne : il n'est pas mon agnat (1).

Un pupille *sui juris*, à qui n'a pas été donné un tuteur testamentaire, peut avoir un grand nombre d'agnats : à qui parmi eux appartiendra la tutelle légitime? A celui ou à ceux du degré le plus proche. *Cùm ad agnatos tutela pertineat*, dit Justinien, *non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantùm qui proximiore gradu sunt.....* (2). Paul fait une application assez curieuse de cette idée lorsqu'il dit : *Si reliquero filium impuberem, et fratrem, et nepotem ex alio filio, constat utrosque esse tutores, si perfectæ ætatis sunt : quia eodem gradu sunt* (3). L'oncle du pupille et son neveu, étant l'un et l'autre ses agnats au troisième degré, seront l'un et l'autre ses tuteurs légitimes.

Celui que la loi des douze Tables appelle à la tutelle du pupille qui n'a point de tuteur testamentaire, c'est en général celui qu'elle appellerait à son hérédité *ab intestat*. *Hoc summâ providentiâ*, dit Ulpien, *ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur* (4). Cependant la tutelle légitime ne peut pas aller toujours là où irait l'hérédité légitime : car les agnates, qui dans le système des douze Tables peuvent très-bien succéder, sont au contraire incapables d'être tutrices. *Interdùm alibi est hereditas, alibi tutela ; utputa si sit consanguinea pupillo : nàm hereditas quidem ad agnatam pertinet, tutela autem ad agnatum* (5).

Que faut-il précisément supposer pour qu'il y ait lieu à la tutelle légitime des agnats? Il faut supposer que le père du pupille, qui avait le droit de lui donner un tuteur testamentaire, est mort

(1) *Consanguinei sunt*, dit Ulpien, *frater et soror qui in ejusdem potestate patris fuerunt, etsi ex diversis matribus nati sunt; consanguineos et adoptio facit, et adrogatio, et causæ probatio, et in manum conventio* (*Coll. leg. mosaïc.*, Tit. XV, chap. VI).

(2) Inst., § 7 *De capitis deminut.* (I, 16).

(3) L. 8, D., *De legit. tutor.* (26, 4).

(4) L. 1 pr. *eod. Tit.*

(5) L. 1 § 1 *eod. Tit.*

Ajoutez dès à présent que, quand l'agnat appelé à l'hérédité ne la recueille pas, il n'y a point dévolution (*successio*) à l'agnat du degré subséquent, tandis qu'en matière de tutelle, *proximo gradu deficiente, sequens succedit*. Telle était, au moins, la règle de l'ancien droit : Inst., § 7 *De legit. adgnat. success.* (III, 2).

intestatus. Cette expression, du reste, s'applique à plusieurs cas. Elle s'applique d'abord au cas où le père du pupille n'a laissé aucun testament, et, ce qui revient au même, au cas où le testament qu'il a laissé ne contient aucune *datio tutoris*. De même encore si le tuteur nommé par le père du pupille est mort *vivo testatore* (1). Ajoutez encore certaines hypothèses où un tuteur testamentaire a été nommé et même a pris en main l'administration de la tutelle : par exemple, il est venu à mourir (ou il est devenu incapable d'être tuteur) *filio adhùc impubere manente* (2); ou bien il avait été nommé *usque ad diem*, *usque ad conditionem*, et le terme ou la condition est arrivé avant la puberté. En résumé, il y a lieu à la tutelle légitime des agnats toutes les fois qu'il n'existe pas ou qu'il n'existe plus de tuteur testamentaire : *quamdiu testamentaria tutela speratur, legitima cessat* (3).

La loi des douze Tables mettait sous la tutelle de leurs agnats, non-seulement les impubères, mais encore les femmes même nubiles : *Olim quidem*, dit Gaius, *quantùm ad Legem* XII *Tabularum attinet, etiam feminæ agnatos habebant tutores* (4). Le but du législateur était évidemment d'assurer aux agnats la succession des femmes *sui juris*.

Cette tutelle établie au profit des agnats fut supprimée par une loi, ou peut-être par un sénatusconsulte, sous le règne de l'empereur Claude : *Sed posteà*, continue Gaius, *lex Claudia lata est*, *quæ*, *quod ad feminas attinet*, *agnatorum tutelas sustulit. Itaque masculus quidem impubes fratrem puberem aut patruum habet tutorem ; feminæ verò talem habere tutorem non possunt.* — Il paraît que cette loi Claudia avait été entendue comme supprimant la tutelle légitime des agnats, non-seulement sur les femmes nubiles, mais encore sur les jeunes filles impubères, et que l'empereur Constantin abrogea cette disposition bizarre. Voici ce que décide une Constitution de Léon, rendue en 469 : *Constitutione divæ memoriæ Constantini lege Claudiâ sublatâ, pro antiqui juris auctoritate, salvo*

(1) Inst., § 2 *De legit. adgnat. tut.*
(2) Paul, L. 6, D., *De legit. tut.*
(3) Ulpien, L. 11 pr., D., *De testam. tut.*
(4) Comment. I, § 157.

nente agnationis jure, tàm consanguineus, id est frater, quàm ruus cæterique legitimi, ad pupillarum feminarum tutelam vocan- (1).

.a tutelle légitime des femmes avait cela de particulier que le eur pouvait la céder à un tiers : *Legitimi tutores,* dit Ulpien, *tutelam in jure cedere possunt* (2). *Pupillorum autem tutelam,* de son côté Gaius, *non est permissum cedere, quia non videtur rosa, cùm tempore pubertatis finiatur* (3). Le tiers cessionnaire it appelé *tutor cessicius*. Il n'avait, pour ainsi dire, que l'exercice n pouvoir qui, en principe, continuait de résider en la personne cédant : aussi, survenant un fait qui enlève la tutelle au *cessi-s* (mort ou *capitis deminutio* du *cessicius*), elle revient au cédant; survenant un fait de nature à faire perdre la tutelle au cédant, *essicio tutela discedit, et revertitur ad eum qui, post eum qui erat, secundum gradum in tutelâ habuerit* (4). — Il est évident e depuis la loi Claudia il n'a plus été question de tutelle légi-ie cédée par des agnats : *Quantùm ad agnatos pertinet,* dit Ulpien, *liè cessicia tutela non procedit, quoniam permissum erat in jure ere tutelam feminarum tantùm, non etiam masculorum; femina-n autem legitimas tutelas lex Claudia sustulit* (5), *exceptâ tutelâ ronorum* (6).

A défaut d'agnats, il est à peu près certain que la loi des Douze bles déférait la tutelle légitime aux *gentiles*. En effet :

1° L'hérédité légitime, à défaut d'agnats, est déférée aux *genti-: Si intestato moritur,* disait la loi décemvirale, *cui suus heres nec it, adgnatus proximus familiam habeto; si adgnatus nec escit, gen-*

1) L. 3, C., *De legit. tut.* (5, 30). Nous avons aussi, au Code Théodosien, la stitution de Constantin : L. 2 *De tutor.* (3, 17).

2) *Fragm.*, XI, § 6. — Quant au tuteur testamentaire d'une femme, il pou-t *abdicare se tutelâ, id est dicere nolle se tutorem esse*; il ne pouvait pas er la tutelle. Réciproquement, le tuteur légitime pouvait bien céder la tu-e; mais il ne pouvait pas *abdicare se* (même Tit. XI, § 17).

3) Comment. I, § 168.

4) Gaius, I, §§ 169 et 170. Comp. *Fragm. d'Ulpien,* XI, § 7.

5) Avant la découverte de Gaius, on lisait habituellement *sustinet*. Cujas posait déjà de lire *sustulit*.

6) *Fragm.*, XI, § 8. Comp. Gaius, I, § 171.

tiles familiam habento (1). Or nous savons qu'en principe la tutelle légitime va là où doit aller l'hérédité légitime.

2° Quand il s'agit d'un *furiosus*, la loi des douze Tables donne *potestas in eo pecuniâque ejus*, d'abord aux agnats, puis aux *gentiles* (2). Très-probablement elle suit le même ordre de vocation quand il s'agit d'une personne qui doit être en tutelle.

3° Gaius (Comment. III, § 17) s'exprime ainsi : *Si nullus agnatus sit, lex* XII *Tabularum gentiles ad hereditatem vocat. Qui sint autem gentiles, primo commentario retulimus...* Gaius traitait donc des *gentiles* dans son Commentaire I. C'était très-certainement à propos de la tutelle, parce que les *gentiles* sont tuteurs légitimes à défaut d'agnats. Il traitait des *gentiles* dans une partie de son Commentaire I comprise entre le § 164, où il est question de la tutelle légitime des agnats, et le § 165, où il s'agit de la tutelle légitime des patrons : effectivement, à cette place, il y a une lacune assez considérable dans le manuscrit de Vérone.

— Qu'étaient les *gentiles?* Bien que Cicéron (*Topiques*, 6) nous en ait laissé une définition qu'il présente comme complète, c'est un point qui aujourd'hui encore est fort obscur et divise les plus savants romanistes. Nous y reviendrons à propos des hérédités *ab intestat.*

Nous arrivons à une matière dont Gaius, Ulpien et les rédacteurs des Institutes se sont occupés à l'occasion de la tutelle légitime des agnats, et qui en effet se lie de la manière la plus étroite à la théorie de l'agnation. Je veux parler de ce qu'on appelle la *capitis deminutio.*

Que faut-il, à Rome, pour qu'une personne soit dans une condition aussi avantageuse que possible, au point de vue du droit privé ? En d'autres termes, de quels éléments se compose l'état de cette personne, la plus favorisée qui existe au point de vue du droit privé ? En y regardant de près, nous trouvons que son état se

(1) Ulpien, *Coll. leg. mosaïc.*, Tit. XVI, ch. IV, §§ 1 et 2.
(2) Cicéron, *De invent*, II, 50.

›mpose de trois éléments distincts. En effet, la personne dont il agit a d'abord la liberté ; de plus, elle a la cité romaine, *le jus ci-itatis ;* enfin elle a une famille. Pas de difficulté quant aux deux remiers éléments. Quant au troisième, il faut bien remarquer u'une personne peut former à elle seule sa famille. Ainsi sans oute celui qui fait partie d'une nombreuse famille civile, qui a e nombreux agnats à l'hérédité desquels il peut être appelé, ce-ri-là a le droit de dire *Habeo familiam ;* mais le même droit ppartient au fils de famille qui vient d'être émancipé : *nàm et hic, ui juris effectus,* dit Ulpien, *propriam familiam habet* (1). Cela étant ompris, nous aurons une idée générale de la *capitis deminutio*, en isant qu'elle a lieu toutes les fois que l'état se trouve altéré sous un de ces trois rapports, soit parce que la personne vient à perre la liberté, soit parce qu'elle vient à perdre le *jus civitatis*, soit nfin parce qu'elle passe dans une nouvelle famille. Il est incon-estable que c'est bien là la doctrine qu'expose le jurisconsulte 'aul, en ces termes : *Capitis deminutionis trià genera sunt : maxi-a, media, minima. Tria enim sunt quæ habemus : libertatem, civi-atem, familiam. Igitur, cùm omnia hæc amittimus, hoc est liberta-em et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem ; ùm verò amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse ca-itis deminutionem ; cùm et libertas et civitas retinetur, familia tan-ùm mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat* (2). Ainsi, lès qu'il y a perte de la liberté, il y a par là même perte de la ité et sortie de la famille civile dans laquelle se trouvait la per-onne : c'est la *maxima capitis deminutio.* Quand il y a perte de la ité, cela entraîne sortie de la famille civile : c'est la *media capitis leminutio.* Enfin il est possible qu'une personne reste libre et *civis*, nais qu'elle change de famille : c'est la *minima capitis deminutio.* Et nous devons remarquer dès à présent que Paul n'indique oint cela comme une opinion à lui personnelle. Loin de là ! il dit ue c'est une doctrine constante, *constat* (3).

(1) L. 195 § 2, D., *De verb. signif.*
(2) L. 11, D., *De capite min.* (4, 5).
(3) Dans deux autres textes, la L. 3 pr. et la L. 7 pr., *eod. Tit.*, le même urisconsulte rattache la *capitis deminutio* au changement de famille, à la *fa-niliæ mutatio.*

Comment peut-on s'expliquer l'expression *capitis deminutio?* Niebuhr et, après lui, M. de Savigny pensent que le mot *caput* désignait originairement la mention consacrée à chaque citoyen sur les registres du cens. Lorsqu'un citoyen romain perd la liberté ou la cité, la mention qui le concernait est complétement supprimée; lorsqu'il passe dans une nouvelle famille, cette mention est seulement modifiée. L'expression *capitis deminutio* a pu être employée pour indiquer l'un et l'autre cas. Cette explication est, jusqu'à un certain point, confirmée par ce qu'on dit, aux Institutes: *Servus manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit* (1). Sans rejeter absolument cette explication, je crois que de bonne heure *caput* a été employé comme synonyme de *status;* et nous voyons, en effet, dans plusieurs textes, *capitis deminutio* signifiant la même chose que *statûs commutatio* (2). — Du reste, ce mot *caput* signifie quelquefois tout simplement un homme. Ainsi, Paul, après avoir dit que l'enfant qui est émancipé par son père subit une *capitis deminutio,* ajoute : *Aliter atque cùm servus manumittitur : quia servile caput nullum jus habet, ideò nec minui potest* (3). Et de même Servius, dans sa définition de la tutelle, en disant *in capite libero,* exprimait une idée qu'auraient également rendue les mots *in homine libero* (4).

Voyons maintenant en détail les différents degrés de *capitis deminutio :*

1° Il y a *maxima capitis deminutio,* toutes les fois qu'un citoyen romain devient esclave. Nous savons déjà comment cela peut arriver (5). Gaius cite le cas des femmes *quæ, ex senatusconsulto Claudiano, ancillæ fiunt eorum dominorum quibus invitis et denunciantibus, nihilominùs cum servis eorum coierint* (6). Si une femme, ayant commerce avec l'esclave d'autrui *consentiente domino*, devient seulement affranchie, il paraît qu'elle encourt également la *maxima*

(1) § 4 *De capit. demin.*
(2) Voy. notamment, aux Institutes, pr. *De cap. demin.*
(3) L. 3 § 1, D., *De cap. min.*
(4) Voy., ci-dessus, p. 328 et suiv.
(5) Voy., ci-dessus, p. 151 et suiv.
(6) Comment. I, § 160.

capitis deminutio : car Paul nous dit qu'elle devient incapable de recueillir l'hérédité légitime de sa mère (1). Ulpien cite encore comme exemple d'un cas où la *maxima capitis deminutio* est encourue le cas où *incensus aliquis venierit* (2). Enfin, aux Institutes, on nous indique notamment le cas de ceux *qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ* (3). Mais nous savons qu'en vertu de la Novelle 22, ch. 8, l'individu condamné *in metallum* ou *in opus metalli* ne devient plus esclave (4).

2° Il y a *minor* ou *media capitis deminutio* lorsqu'une personne perd la cité sans perdre la liberté (5). *Quod accidit,* dit Justinien, *ei cui aquâ et igni interdictum fuerit vel ei qui in insulam deportatus est* (6). Cela arrivait également, dans l'ancien droit, lorsqu'un citoyen romain *transmigrabat in latinam coloniam* (7).

3° Enfin il y a *minima capitis deminutio* lorsque des trois éléments qui composent le *status* du citoyen romain, un seul, la *familia,* est changé. *Minima capitis deminutio est,* dit Gaius, *cùm et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur : quod accidit in his qui adoptantur, item in his quæ coemptionem faciunt, et in his qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur, adeò quidem ut, quotiens quisque mancipetur ac manumittatur, totiens capite diminuatur* (8). Ainsi Gaius indique trois hypothèses distinctes où il y a *minima capitis deminutio,* et nous allons les reprendre successivement :

La première est celle de l'homme *qui adoptatur*. Evidemment il s'agit ici d'adrogation, et non pas d'adoption proprement dite. En effet, du temps de Gaius, lorsqu'un fils était donné en adoption,

(1) Voy. ci-dessus, p. 186 et 187. Comp. L. 1 § 8, D., *Ad sen. Tertyll.* (38, 17), et Inst., § 2 *De sen. Orphit.* (III, 4).

(2) *Fragm.*, XI, § 11. Voy., ci-dessus, p. 152.

(3) § 1 *De cap. deminut.*

(4) Voy., ci-dessus, p. 155 et 313.

(5) En cas de perte de la cité, comme en cas de perte de la liberté, on dit quelquefois qu'il y a *magna capitis deminutio*. Voy. Ulpien, L. 1 § 8, D., *Ad sen. Tertyll.* (38, 17).

(6) Inst., § 2 *De cap. deminut.*

(7) Boëce le dit en termes formels (*In Ciceronis Top.*, 4). Comp. Gaius, I, 131; III, 56.

(8) Comment I, § 162.

cela se faisait *per mancipationes et intercedentes manumissiones*, et, par conséquent, le cas d'adoption proprement dite rentre dans la troisième hypothèse prévue par Gaius.

Gaius suppose, en second lieu, une femme *quæ coemptionem facit*. Que cette femme tombe ainsi sous la *manus* de son mari ou sous celle d'un tiers, dans les deux cas elle encourt la *minima capitis deminutio*. Autrefois il en était de même pour la femme sur laquelle le mari acquérait la *manus usu;* mais nous savons que ce mode d'acquisition n'était plus usité au temps de Gaius. Quant à la *confarreatio*, depuis Tibère elle ne produit plus d'effet que *quoad sacra* (1).

Enfin Gaius suppose un *filiusfamiliâs* que son père veut émanciper ou donner en adoption, qui, par conséquent, *mancipatur ac manumittitur*. Chaque fois qu'il est ainsi mancipé pour être ensuite affranchi, il subit une *capitis deminutio*. Du reste, il faut bien remarquer que ce n'est point la *maxima*, mais seulement la *minima capitis deminutio :* Gaius ici le dit positivement, et cela ressort déjà de ce que, comme nous le savons, le mariage du fils mancipé *ut manumittatur* n'est point dissous par cela même (2). Mais il est probable qu'anciennement, lorsque le fils était mancipé pour être en réalité constitué *loco servi*, c'était la *maxima capitis deminutio* qu'il encourait à la suite de la mancipation. — Tout ce qui vient d'être dit relativement au fils s'applique à la fille ou au petit-enfant *ex filio*, ainsi qu'à la femme *in manu :* si le père ou le *coemptionator* mancipe l'une de ces personnes *ut manumittatur*, pour la rendre *sui juris*, elle encourt la *minima capitis deminutio*. Même je crois qu'il faut encore décider de même, bien que Gaius ne s'explique pas à cet égard, lorsque la personne dont il s'agit est mancipée, *non ut manumittatur, sed ut remancipetur*, parce que le père ou le *coemptionator* veut la donner en adoption. Si Gaius a supposé qu'il doit y avoir *manumissio*, ce n'est point pour exclure le cas où il doit y avoir *remancipatio*, c'est seulement pour exclure le cas où la personne mancipée devrait rester *loco servi*.

Le texte de Gaius qui vient d'être expliqué nous permet de

(1) Voy. Gaius, I, § 136.
(2) Voy. Gaius, I, § 135, et, ci-dessus, p. 319.

comprendre sans peine un passage d'Ulpien qui faisait autrefois le désespoir des interprètes : je veux parler de la L. 2 § 2, D., *De cap. min.* (4, 5). Avant tout, il faut savoir que, lorsqu'un débiteur subit la *minima capitis deminutio,* l'action qui existait contre lui est éteinte *ipso jure,* que seulement le Préteur la restitue au créancier comme s'il n'y avait pas eu de *capitis deminutio* (1). Voici maintenant ce que dit Ulpien : *Hi qui capite minuuntur, ex his causis quæ capitis deminutionem præcesserunt manent obligati naturaliter. Cæterùm, si posteà, imputare quis sibi debebit cur contraxerit, quantùm ad verba hujus Edicti pertinet; sed interdùm, si contrahatur cum his post capitis deminutionem, danda est actio. Et quidem, si adrogatus sit, nullus labor : nàm perindè obligabitur, ut filiusfamiliâs.* Cela peut se traduire ainsi : « Un homme qui s'est obligé et qui « ensuite subit la *capitis deminutio* reste obligé naturellement. Si « l'obligation est postérieure à la *capitis deminutio,* le créancier « doit s'imputer à lui-même, en ce qui concerne le bénéfice de « l'Edit, d'avoir traité avec cet individu; toutefois, même dans « cette hypothèse, l'action pourra exceptionnellement lui être « accordée. S'il s'agit d'adrogation, il est clair qu'aucune diffi« culté ne se présente : car l'adrogé s'oblige, comme peut s'obliger « un fils de famille. »

Ainsi, lorsqu'un homme se donne en adrogation, pour les dettes qu'il avait contractées antérieurement, l'Edit s'appliquera, et les créanciers obtiendront action utile; pour les dettes qu'il contracte depuis l'adrogation, c'est encore plus simple : car il s'oblige civilement, comme s'oblige en général un fils de famille (2). Mais si la *minima capitis deminutio* ne résulte pas d'une adrogation, si elle résulte d'une émancipation ou d'une adoption proprement dite, tant pis pour le créancier qui a traité avec l'individu déjà *capite minutus :* il n'a pas d'action directe, et, en principe, on ne lui accordera pas d'action utile. Cela, au premier abord, est inintelligible : car, si celui qui vient de se donner en adrogation peut s'obliger civilement *quasi filiusfamiliâs,* est-ce que celui qui vient d'être donné en adoption ne peut pas s'obliger civilement au même titre?

(1) Voy. Gaius, III, § 84; IV, § 38. Le texte même de l'Edit prétorien se trouve dans la L. 2 § 1, D., *De cap. min.*

(2) Comp., aux Institutes, § 6 *in fine De inutil. stipul.* (III, 19).

est-ce que celui qui vient d'être émancipé ne peut pas s'obliger civilement *quasi paterfamiliâs?* Pour comprendre la pensée d'Ulpien, il suffit de se rappeler que la *minima capitis deminutio* est encourue, non pas seulement quand l'adoption ou l'émancipation est consommée, mais dès l'instant où le fils a été mancipé pour la première fois par son père; Ulpien suppose évidemment que l'obligation est contractée par un homme qui se trouve *in mancipii causâ;* or, d'une part, celui qui s'oblige dans cette position ne s'oblige pas civilement, et, d'autre part, le créancier n'obtiendra pas facilement une action utile, parce qu'il est en faute de n'avoir pas connu l'état de celui avec qui il traitait. Il faut seulement convenir que ce texte d'Ulpien n'aurait pas dû être inséré au Digeste, puisque dans le droit de Justinien ni l'adoption ni l'émancipation ne se font plus *per mancipationes et intercedentes manumissiones.*

— Gaius nous a donné trois exemples de *minima capitis deminutio.* Que trouvons-nous à ce sujet dans les Institutes? *Quod accidit,* dit Justinien, *in his qui, cùm sui juris fuerunt, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contrà, veluti si filiusfamiliâs a patre emancipatus fuerit* (1). Cela comprend, outre le cas d'émancipation, formellement indiqué dans le texte (2), le cas d'adrogation et celui de légitimation. Le texte ne fait aucune allusion à l'adoption proprement dite; je crois cependant que, même dans le droit de Justinien, l'enfant donné en adoption subit la *minima capitis deminutio,* du moins quand il est donné en adoption à son ascendant.

— Pour qu'il y ait *capitis deminutio,* il faut toujours que le *status* se trouve altéré au point de vue du droit privé. Ainsi s'explique comment le citoyen exclu du Sénat n'est point considéré comme étant par là *capite minutus* (3).

Quels sont les effets propres à la *capitis deminutio?* Il importe ici de se garder d'une confusion. Lorsqu'un citoyen romain perd la liberté ou la cité, s'il avait le *jus patriæ potestatis,* à l'instant même ce droit s'évanouit; pareillement, si celui qui perd la liberté

(1) Inst., § 3 *De cap. deminut.*

(2) Je ferai cependant remarquer que plusieurs manuscrits ne contiennent pas les derniers mots, *veluti si filiusfamiliâs...*

(3) Modestin, L. 3, D., *De senator.;* Inst., § 5 *De cap. deminut.*

était marié, à l'instant même son mariage se trouve dissous. Sont-ce là des conséquences de ce qu'il y a *capitis deminutio?* Pas le moins du monde. Les Romains n'eussent-ils jamais eu une théorie de la *capitis deminutio*, l'extinction de la puissance paternelle et la dissolution du mariage n'en auraient pas moins eu lieu dans les cas qui viennent d'être indiqués, attendu que les Romains ne comprennent pas que la puissance paternelle appartienne à un esclave ou à un étranger, ni qu'un véritable mariage puisse exister entre deux personnes dont l'une est esclave. Mais voici des effets qui se rattachent exclusivement à la *capitis deminutio:*

1° L'*agnatio*, la parenté civile, est détruite toutes les fois que celui qui était l'agnat d'une ou de plusieurs autres personnes encourt une *capitis deminutio.* C'est ce que Gaius exprime parfaitement lorsque, comparant l'agnation et la cognation, il dit : *Agnationis quidem jus capitis deminutione perimitur, cognationis verò jus non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia verò non potest* (1). Ce texte de Gaius est reproduit aux Institutes, mais avec quelques modifications : *Agnationis quidem jus,* dit Justinien, *omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur, nàm agnatio juris est nomen; cognationis verò jus non omnibus modis commutatur* (2). Ainsi, tandis que Gaius disait, en termes absolus : « Le lien de l'agnation, mais non celui « de la cognation, est détruit par la *capitis deminutio,* » Justinien se borne à dire, en termes beaucoup plus vagues : « Le lien « de l'agnation est détruit, du moins en général, par toute espèce « de *capitis deminutio;* au contraire, le lien de la cognation n'est pas « altéré indistinctement par toute *capitis deminutio.* » Recherchons attentivement la portée des modifications que Justinien a fait subir au texte de Gaius.

D'après Justinien, le lien de la *cognatio* est quelquefois détruit par la *capitis deminutio.* Cette proposition se trouve expliquée dans un autre paragraphe des Institutes : *Quod dictum est manere cognationis jus et post capitis deminutionem, hoc ità est si minima capitis deminutio interveniat : manet enim cognatio. Nàm, si*

(1) Comment. I, § 158.
(2) § 3 *De legit. adgnat. tut.*

maxima capitis deminutio incurrat, jus quoque cognationis perit, utputa servitute alicujus cognati; et ne quidem, si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed et si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur (1). Au fond, la pensée de Justinien se réduit donc à ceci : Le *jus cognationis* est détruit par la *maxima* et par la *media*, non par la *minima capitis deminutio*. Cette pensée est-elle bien juste? Je ne le crois pas : il est beaucoup plus exact de dire, comme Gaius, que le principe civil de la *capitis deminutio* n'a jamais aucune prise sur le lien naturel appelé *cognatio*. Ce qui a trompé Justinien, c'est qu'un effet important que la loi positive attache à la cognation, le droit de succéder, se trouve détruit lorsque le cognat subit la *maxima* ou la *media capitis deminutio* (2). Mais la cognation elle-même n'en subsiste pas moins : la preuve, c'est que l'individu dont il s'agit, vînt-il à recouvrer la liberté ou la cité, ne pourrait certainement pas épouser sa mère, sa sœur ou sa tante.

D'après Gaius, le *jus agnationis* est toujours détruit par la *capitis deminutio*. Après avoir posé ce principe au § 158, Gaius, au § 163, le développe en ces termes : *Nec solùm majoribus diminutionibus jus agnationis corrumpitur, sed etiam minimâ : et ideò, si ex duobus liberis alterum pater emancipaverit, post obitum ejus neuter alteri agnationis jure tutor esse potest.* Justinien reproduit bien le principe posé par Gaius, mais en ajoutant l'adverbe *plerumque*, pour indiquer que le principe en question comporte un certain tempérament. Cela se réfère à deux Constitutions de l'empereur Anastase relatives aux effets de l'émancipation. D'après la première, dont le texte ne nous est point parvenu, l'enfant émancipé peut venir à l'hérédité légitime de son frère ou de sa sœur, concurremment avec les autres frères non émancipés (3). La deuxième Constitution d'Anastase porte que l'émancipé sera également appelé *ad legitimam fratrum et sororum, necnon liberorum fratrum, tutelam, quasi minimè patris potestate per jus emancipationis relaxa-*

(1) § 6 *De cap. deminut.*

(2) Ulpien, L. 1 §§ 4 et 8, D., *Ad sen. Tertyll.* (38, 17).

(3) Comp. Justinien, L. 15 § 1, C., *De legit. hered.* (6, 58); Inst., § 1 *De success. cognat.* (III, 5).

tus (1). Voilà donc un cas dans lequel les deux effets les plus considérables de l'agnation, la vocation à l'hérédité légitime et la vocation à la tutelle légitime, ne sont pas détruits par l'émancipation, bien que l'émancipation implique en général une *minima capitis deminutio*.

De même que la *capitis deminutio*, en principe, détruit tous les effets attachés à la qualité d'agnat, de même elle détruit les effets attachés à la qualité de patron (2). Nous savons également qu'elle fait disparaître la *gentilitas* (3).

2° Dans l'ancien droit, toute *capitis deminutio* amenait l'extinction des droits d'usufruit ou d'usage appartenant à celui qui la subissait. En effet, ces droits sont exclusivement attachés à la personne ; or, par la *capitis deminutio, prior persona evanescit*. Dans le droit de Justinien, les servitudes personnelles s'éteignent seulement par les deux grandes *capitis deminutiones* (4).

3° Nous savons déjà que le *capite minutus* se trouve libéré de ses dettes, considérées comme dettes civiles, sauf à rester obligé naturellement. Par exception, cette libération ne se produit pas quand il s'agit de dettes provenant d'un délit : *Nemo delictis exuitur*, dit Ulpien, *quamvis capite minutus sit* (5).

4° Lorsqu'un testateur subit une *capitis deminutio*, son testament est infirmé, on dit qu'il devient *irritum* (6).

5° Enfin la société se dissout toutes les fois qu'un des associés est *capite minutus* (7).

Il nous reste à examiner une question importante, dont la solution dépend du parti que l'on aura pris sur la nature essentielle de la *minima capitis deminutio*. C'est la question de savoir si les enfants qu'un citoyen romain a sous sa puissance au moment où il

(1) L. 4, C., *De legit. tut.* (5, 30).
(2) Argument de Paul, L. 7 pr., D., *De cap. min.* (4, 5). Voy. aussi Gaius, III, §§ 51 et 83.
(3) Cela résulte de la définition même que donne Cicéron (*Topiques*, 6).
(4) *Sentences de Paul*, III, VI, § 29; Inst., § 3 *De usufr.* (II, 4).
(5) L. 2 § 3, D., *De cap. min.*
(6) Inst., §§ 4 et suiv. *Quib. mod. testam. infirm.* (II, 17).
(7) Gaius, III, § 153.

se donne en adrogation subissent comme lui la *minima capitis deminutio* (1).

Suivant M. de Savigny (2), la question était discutée entre les jurisconsultes romains eux-mêmes. Ceux qui, comme Paul, voient dans la *mutatio familiæ* le caractère distinctif de la *minima capitis deminutio*, n'hésitent pas à décider que les enfants de l'adrogé la subissent comme l'adrogé, et c'est effectivement ce que décide Paul : *Liberos, qui adrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, cùm in alienâ potestate sint et cùm familiam mutaverint* (3). Mais, à en croire M. de Savigny, telle n'aurait pas été la doctrine généralement suivie à Rome : la plupart des jurisconsultes auraient attaché essentiellement la *capitis deminutio* au fait d'une diminution survenue dans l'aptitude juridique de la personne (4). Or, au point de vue de son aptitude juridique, l'enfant de l'adrogé n'a rien perdu par suite de l'adrogation : il n'a point passé *per servilem conditionem*, et il est aujourd'hui *filiusfamiliâs* comme il l'était autrefois. Donc il manque ici l'élément essentiel pour qu'il puisse y avoir *capitis deminutio* (5).

Sur quels arguments M. de Savigny a-t-il appuyé son système? Il fait d'abord remarquer qu'Ulpien (*Fragm.*, XI, § 13), à propos de la *minima capitis deminutio*, ne dit pas *familia mutatur*, mais *status mutatur;* et la même expression se retrouve aux Institutes (§ 3 *De cap. deminut.*), qui l'ont très-probablement empruntée à Gaius. Ce premier argument est évidemment une pétition de principe : car la question est précisément de savoir si la *familia* est un élément

(1) Une question tout à fait analogue, qui pouvait se présenter dans l'ancien droit, est celle de savoir si une *filiafamiliâs quæ convenit in manum* subit par là même une *capitis deminutio*. Les deux questions doivent évidemment recevoir la même solution.

(2) *System*, t. II, appendice VI, n[os] 11 et suiv.

(3) L. 3 pr., D., *De cap. min.*

(4) *Degradation eines Menschen in Beziehung auf seine Rechtsfähigkeit.* Celui qui perd la liberté subit évidemment cette diminution : car des droits qui appartiennent à l'homme libre ne peuvent pas appartenir à l'esclave. De même pour celui qui perd la cité : le *civis* a des droits que ne peut pas avoir le *peregrinus*. De même encore pour l'adrogé : le *filiusfamiliâs* est exclu de certains droits que peut avoir le *paterfamiliâs*.

(5) Le même motif et, par conséquent, la même décision s'appliqueraient au cas de la *filiafamiliâs quæ convenit in manum*.

u *status ;* si cette question était résolue affirmativement par les urisconsultes romains, ils pouvaient très-bien dire, en cas de *mutato familiæ*, qu'il y avait *mutatio statûs*. — M. de Savigny tire encore argument de ce qui nous est appris par Aulu-Gelle au sujet es Vestales. Après avoir dit que la Vestale sort de la puissance e son père *sine emancipatione ac sine capitis minutione* (1), Aulu-elle rapporte un passage de Labéon, ainsi conçu : *Virgo Vestalis eque heres est cuiquam intestato, neque intestatæ quisquam...* (2). Si ı Vestale devient incapable soit de recueillir, soit de laisser elle-ıême une succession *ab intestat*, c'est, dit M. de Savigny, parce u'elle est sortie de sa famille. Donc, ajoute-t-il, on peut changer e famille sans qu'il y ait *capitis deminutio*. Ce raisonnement serait on s'il était démontré que la Vestale sort de sa famille; mais l'i-ée qu'elle ne peut désormais ni recueillir ni transmettre *ab intestat* 'implique point nécessairement cette conséquence. Ce qui le rouve bien, c'est que le passage de Labéon que rapporte Aulu-elle se termine ainsi : *Id quo jure fiat, quæritur*.

En somme, rien ne prouve que la doctrine de Paul sur la *capitis eminutio* ne fût pas celle de tous les jurisconsultes. Du reste, ce ui est certain, c'est que Justinien a consacré cette doctrine. En fet, d'abord les textes de Paul où elle est formulée ont été insérés u Digeste. De plus, l'adoption et l'émancipation n'exigeant plus, ans le droit de Justinien, que le fils de famille passe *per servilem onditionem*, il faudrait dire, avec le système de M. de Savigny, ue, sous Justinien, la *minima capitis deminutio* s'applique à une eule personne, à l'adrogé; or il est impossible de le dire (3).

3° *Tutelle légitime des patrons.*

Pour l'affranchi, il ne peut pas être question d'avoir un tuteur estamentaire ; il ne peut pas davantage être question de se trouver ı *tutelâ adgnatorum*. Le principe est que l'affranchi est sous la tu-elle de son patron, ou des fils, même exhérédés, de son patron.

(1) Voy., ci-dessus, p. 315 et 320.
(2) *Nuits att.*, I, 12.
(3) Le système de M. de Savigny n'a pas fait fortune, même en Allemagne. est combattu notamment par M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. I, § 34.

Cette tutelle du patron ou des fils du patron dérive d'une interprétation des jurisconsultes ; et cependant elle est appelée *légitime*, comme la tutelle des agnats. « La loi des douze Tables, dit Justinien, ne l'avait pas établie nominativement ; mais elle a été admise par une interprétation de cette loi, *perindè atque si verbis legis introducta esset*. En effet, la loi des douze Tables ordonnant que l'hérédité de l'affranchi mort intestat soit déférée à son patron ou aux enfants de son patron, les anciens en ont conclu que, dans l'esprit de la loi, la tutelle aussi devait aller au patron ou à ses enfants. C'est ainsi que les agnats appelés par elle à l'hérédité sont appelés également à la tutelle... » (1).

Quand il s'agit d'un affranchi qui a reçu directement la liberté du testament de son maître, il est impossible qu'il ait pour tuteur son patron : s'il doit être en tutelle, il sera immédiatement sous la tutelle des fils de son patron. Dites-en autant du cas où, un esclave ayant simplement reçu de son maître la liberté fidéicommissaire, la personne grevée du fidéicommis ne veut pas procéder à l'affranchissement (2).

Lorsqu'un affranchi se trouve avoir plusieurs tuteurs légitimes (patrons ou enfants d'un patron unique), qu'arrive-t-il si l'un d'eux vient à mourir, à perdre la liberté, etc. ? La tutelle reste aux survivants : pour que les fils d'un tuteur défunt arrivent à la tutelle, il faut que nous ne trouvions plus aucun des tuteurs primitifs. De même, si les deux tuteurs primitifs sont morts, que l'un ait laissé un fils, l'autre un petit-fils *ex filio*, *legitima hereditas ad solum filium pertinet : ergò et tutela ad solum filium descendit* (3).

Justinien dit ici ce qui a déjà été dit à propos de la tutelle légitime des agnats : *Plerumquè ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet*. Du reste, il s'empresse d'ajouter : *Ideò autem diximus* PLERUMQUÈ, *quia, si a feminâ impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cùm alius sit tutor* (4). Voici encore

(1) Inst., *De legit. patron. tut.* (I, 17).

(2) Ulpien, L. 3 § 3, D., *De legit. tutor.* (26, 4).

(3) *Eâd.* L. 3, §§ 5-7.

(4) Lorsqu'un esclave impubère appartient à une femme qui l'affranchit, c'est elle qui a vocation à l'hérédité, mais la tutelle est déférée par le magistrat.

l'autres cas où l'héritier présomptif de l'affranchi n'est pas tuteur :

Un homme a été chargé, à titre de fidéicommis, d'affranchir son propre esclave ; il a tâché d'éluder l'obligation à lui imposée, *latitavit :* il aura bien la charge de la tutelle, mais, aux termes d'un rescrit d'Antonin le Pieux, il n'obtiendra pas le *jus patroni* (1).

Un homme qui laisse une fille et des fils assigne à sa fille un affranchi impubère (2) : *tutela quidem apud fratres remanebit, ut Marcellus notat, legitima autem hereditas ad sororem pertinebit* (3).

Un esclave, qui appartenait à un homme et à une femme, a été affranchi par ses deux maîtres ; le patron est mort laissant un fils : c'est le fils du patron qui a la tutelle, tandis que l'hérédité légitime appartiendrait à la patronne (4).—Il faut supposer qu'il s'agit d'un affranchi citoyen romain : car, s'il était latin, les biens par lui laissés au jour de sa mort se partageraient entre sa patronne et le fils de son patron (5).

Enfin supposons que Titius a un esclave *in bonis* et que Mævius a le *nudum jus Quiritium* sur ce même esclave. L'esclave, affranchi par Titius, devient latin en vertu de la loi Junia. C'est Mævius qui aura la tutelle ; mais si l'affranchi vient à mourir, c'est Titius qui recueillera ses biens (6).

4° *Tutelle légitime des ascendants.*

Dans l'ancien droit, nous le savons, lorsque l'ascendant veut émanciper l'enfant sur lequel il a la puissance paternelle, lorsque le *coemptionator* veut rendre *sui juris* la femme sur laquelle il a la *manus*, deux procédés peuvent être employés : ou bien le père ou le *coemptionator* en mancipant à un tiers la personne dont il

(1) L. 1 § 3, D., *De legit. tut.*

(2) L'effet de l'*adsignatio*, c'est que, *post mortem patris, solus is patronus habeatur cui adsignatus est :* Inst., pr. *De adsign. libert.* (III, 8).

(3) L. 1 § 3 *in fine*, D., *De legit. tut.*

(4) L. 1 § 1 *eod. Tit.*

(5) Gaius, III, § 60.

(6) Gaius, I, § 167; *Fragm. d'Ulpien*, XI, § 19.

s'agit est convenu que le tiers la lui remanciperait, et alors c'est le père ou le *coemptionator* lui-même qui en l'affranchissant la rend *sui juris;* ou bien, en la mancipant il est simplement convenu avec le tiers que celui-ci l'affranchirait, et alors c'est le tiers qui joue le rôle de patron en faisant cesser le *mancipium* (1).

Si la personne ainsi rendue *sui juris* doit être en tutelle, qui sera son tuteur? De même que l'esclave qui reçoit la liberté *vindictâ* a pour tuteur celui qui la lui donne, de même ici la personne qui nous occupe a pour tuteur celui qui par un affranchissement *vindictâ* l'a rendue *sui juris*. Ce sera donc l'ascendant lui-même ou le *coemptionator*, si la *lex mancipationis* a été *ut remancipetur;* ce sera le *manumissor extraneus*, si la *lex mancipationis* a été simplement *ut manumittatur*. Les Institutes font allusion à la première hypothèse, lorsqu'elles disent : *Si impubes sit filius vel filia, vel cæteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur* (2).

Comment qualifie-t-on la tutelle qui appartient à ce *manumissor*, *pater* ou *coemptionator* ou *extraneus?* Originairement on la qualifiait de *fiduciaire*, à cause du contrat de fiducie qui accompagne la *mancipatio* faite par le père ou par le *coemptionator*. Cela est spécialement exprimé pour le *manumissor extraneus: Exemplo patronorum*, dit Gaius, *etiam fiduciariæ tutelæ receptæ sunt : eæ enim tutelæ scilicet fiduciariæ vocantur propriè, quæ ideò nobis competunt quia liberum caput mancipatum nobis vel a parente vel a coemptionatore manumiserimus* (3). Quant au *parens* qui a joué lui-même le rôle de *manumissor*, de bonne heure on l'a considéré comme étant investi d'une tutelle légitime. En effet, Gaius, dans un passage où il se demande si le tuteur fiduciaire d'une femme a le *jus cedendæ tutelæ* comme le tuteur légitime (4), Gaius s'exprime ainsi : *Fiduciarios quoque quidam putaverunt cedendæ tutelæ jus non habere, cùm ipsi se oneri subjecerint. Quod et si placeat, in parente tamen, qui filiam neptemve aut proneptem alteri eâ lege mancipio dedit ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit,*

(1) Voy., ci-dessus, p. 316.
(2) § 6 *in fine Quib. mod. jus pot. solv.* (I, 12).
(3) Comment. I, § 166. Voy. aussi *Fragm. d'Ulpien*, XI, § 5.
(4) Voy., ci-dessus, p. 349.

m dici non debet cùm is et legitimus tutor habeatur, et non minùs ie quàm patronis honor prœstandus est (1). Ainsi, suivant Gaius, *parens manumissor* est considéré comme étant tuteur légitime et n simple tuteur fiduciaire, et cela présente quelque intérêt, moins lorsque c'est une femme qui est en tutelle (2). Un texte Jlpien, inséré au Digeste, dit également que le père émancipa- ır *vicem legitimi tutoris sustinet* (3).

Dans le droit de Justinien, il n'est plus question de *coemptionator* de *manumissor extraneus*. Le citoyen romain qui émancipe l'en- ıt ou le petit-enfant, encore impubère, sur lequel il a la puis- ıce paternelle sera toujours son tuteur légitime. C'est ce que stinien énonce formellement, aux Institutes, Titre *De legit. pa- ıt. tutelâ* (I, 18). D'après cela, on pourrait croire que, dans le oit de Justinien, il n'y a plus de tutelle fiduciaire; mais nous ons voir qu'il en est autrement.

5° *Tutelle fiduciaire.*

Supposons que le *parens manumissor* qui avait la tutelle légitime ɜnne à mourir, et qu'après sa mort l'enfant émancipé doive ster en tutelle : qui sera son tuteur? D'abord il est possible que, ns son testament, le *parens manumissor* lui ait nommé un tuteur. : tuteur ainsi nommé devra toujours être confirmé par le ma- strat (4). A défaut de cette nomination, la tutelle revient au fils : l'émancipateur. Comment devons-nous entendre cette règle? Il a certains cas où elle n'offre aucune difficulté. Ainsi, par emple, Titius avait sous sa puissance deux fils, Primus et Se- ndus, celui-ci impubère; il émancipe Secundus, puis il meurt, cundus étant encore impubère : Primus sera tuteur de son frère. ɜ même, Titius avait sous sa puissance un fils, Primus, et un tit-fils issu de ce fils, Secundus; il émancipe Secundus; puis il eurt, Secundus étant encore impubère : Primus sera tuteur de n fils. De même encore, Titius avait sous sa puissance un fils,

(1) Comment. I, § 172.
(2) Voy. encore Gaius, I, §§ 175 et 192; II, § 122.
(3) L. 3 § 10 *De legit. tut.*
(4) Inst., § 5 *De tutel.*; et, ci-dessus, p. 335.

Primus, et un petit-fils issu d'un fils prédécédé, Secundus; il émancipe Secundus : après la mort de Titius, Primus sera tuteur de son neveu. Mais voici un cas sur lequel l'hésitation est possible. Titius avait sous sa puissance un fils, Primus, et deux petits-enfants issus d'un fils prédécédé, Secundus et Tertius; il a émancipé Tertius : après la mort de Titius, Tertius, qui est encore impubère, sera-t-il sous la tutelle de son oncle Primus ou sous la tutelle de son frère Secundus? Aucun des textes, peu nombreux du reste, que nous possédons sur cette matière, ne résout la question (1). Pour soutenir que l'émancipé sera sous la tutelle de son oncle, on peut dire qu'il doit être traité comme un affranchi; or, quand le patron est mort laissant un fils et un petit-fils, l'affranchi est sous la tutelle du fils. Pour soutenir au contraire que l'émancipé sera sous la tutelle de son frère, on peut dire que l'idée de la loi est de faire abstraction de la *capitis deminutio* résultant de l'émancipation et de donner la tutelle à celui qui serait le plus proche agnat sans cette *capitis deminutio*. C'est cette dernière opinion qui me paraît, en définitive, la plus probable.

Lorsque la tutelle de l'émancipé appartient ainsi aux enfants qui étaient restés sous la puissance de l'émancipateur, comment la qualifie-t-on? On ne la qualifie plus de *légitime*, comme celle qui appartenait à l'émancipateur; on la qualifie de *fiduciaire*. C'est ce que dit déjà Gaius (Comment. I, § 175 *in fine*); c'est ce que dit également Modestin (L. 4, D., *De legit. tut.*); c'est enfin ce que dit Justinien (Inst., Titre *De fiduc. tut.*). Le père émancipateur a une tutelle légitime, comme le patron : pourquoi donc les fils de l'émancipateur n'ont-ils pas aussi une tutelle légitime, comme les fils du patron? Justinien lui-même se pose la question, aux Institutes : *Atqui, patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores!* Mais il n'y répond pas d'une manière bien satisfaisante. Voici sa réponse : « Si l'esclave n'eût pas été affranchi par son maître, les fils de celui-ci auraient eu sur lui précisément le même droit qu'il avait lui-même, la *dominica potestas* : s'il a été affranchi, on com-

(1) Modestin (L. 4, D., *De legit. tut.*) dit bien que l'émancipé sera sous la tutelle de son frère; mais rien n'indique qu'il songe au cas particulier où l'émancipé a en même temps son oncle paternel.

end qu'ils prennent également sa place, qu'ils aient comme lui e *legitima tutela*. Au contraire, si l'enfant n'avait pas été émané par son père, celui-ci en mourant n'aurait point transmis à ses tres fils sa *patria potestas* : on comprend donc qu'au cas d'émancipation il ne leur transmette pas non plus sa *legitima tutela*. » omme on l'a remarqué il y a déjà longtemps, ce raisonnement isse beaucoup à désirer, notamment en ce qu'il n'est pas applicae à toutes les hypothèses. Titius a sous sa puissance son fils Prius, et Secundus, fils de Primus : à la mort de Titius, la *patria potas* qu'il avait sur Secundus passe à Primus. Pourquoi donc, uand Secundus a été émancipé, la *tutela legitima* de Titius ne asse-t-elle pas également à Primus?

La véritable raison, c'est que la loi des douze Tables appelle pressément à la succession *ab intestat* de l'affranchi non-seuleent le patron, mais aussi les fils du patron (1). Les fils du patron euvent donc succéder à l'affranchi en qualité d'héritiers légitimes; , comme la tutelle va de pair avec l'hérédité, les fils du patron, ui sont héritiers légitimes, doivent être aussi tuteurs légitimes. Au ontraire, quand il s'agit d'émancipation et non plus d'affranchisment, on a bien voulu honorer l'émancipateur en le traitant omme le patron; mais on n'a pas étendu l'assimilation aux fils e l'émancipateur, de sorte que, d'après les principes sur la *capis deminutio*, ils sont réellement devenus *jure civili* étrangers à émancipé : de même qu'ils ne seraient pas ses héritiers légitimes b *intestat*, de même ils ne peuvent pas être ses tuteurs légitimes.

- Ce que nous venons de dire n'a-t-il pas été modifié, au moins n partie, par les Constitutions d'Anastase, qui appellent le fils mancipé à l'hérédité légitime et à la tutelle légitime de son frère esté *in patriâ potestate* (2)? Non : même depuis ces Constitutions, e frère resté en puissance n'est que tuteur fiduciaire de son frère mancipé. La preuve, c'est que Justinien dit encore qu'à la mort e l'émancipateur *liberi virilis sexûs* FIDUCIARII TUTORES *filiorum suorum, vel fratris vel sororis, efficiuntur* (3).

(1) Inst., Titre *De legit. patron. tut.*
(2) Voy., ci-dessus, p. 358.
(3) Inst., Titre *De fiduc. tut.*

Justinien, a la fin du Titre *De fiduc. tut.*, prend la peine d'indiquer expressément que les enfants du père émancipateur ne sont appelés à la tutelle dont il s'agit qu'autant qu'ils ont vingt-cinq ans accomplis. C'est là, nous le savons déjà, une règle qui, dans le droit de Justinien, est applicable à toute espèce de tutelle (1).

J'ajoute ici deux observations concernant la tutelle du patron et la tutelle du père émancipateur ou de ses enfants.

1° Du temps de Gaius, nous l'avons déjà vu, les femmes restent en tutelle après qu'elles sont nubiles. Seulement, cette tutelle, la plupart du temps, est presque nominale. Ainsi un Sénatusconsulte avait permis à la femme elle-même, lorsque son tuteur est absent, de demander qu'il soit remplacé; et le tuteur, une fois remplacé, ne peut jamais recouvrer la tutelle (2). Mais la règle posée par le Sénatusconsulte ne s'applique pas quand il s'agit de la tutelle légitime du patron ou de ses fils, ni quand il s'agit de la tutelle légitime du père émancipateur : ces tuteurs légitimes peuvent s'absenter sans avoir à craindre d'être remplacés sur la demande de la femme qu'ils ont *in tutelâ* (3). Du reste, même la femme qui est sous la tutelle légitime du patron ou du père émancipateur peut demander qu'il lui soit nommé un tuteur *ad certam causam*, par exemple pour l'autoriser à faire adition d'une hérédité. Cela peut se présenter, soit lorsque le tuteur légitime est absent, soit lorsque le patron est mort laissant un fils impubère : la loi Julia *de maritandis ordinibus*, prévoyant ce dernier cas, permet à la femme de demander un tuteur au Préteur urbain *dotis constituendæ gratiâ*, ce qui n'empêchera pas l'impubère de rester tuteur. De même, quand le tuteur légitime est *furiosus* ou *mutus*, la femme peut demander qu'il lui soit nommé un tuteur spécialement pour l'autoriser à se constituer une dot (4). Il est à remarquer que, dans ces différents cas, où, la femme ayant un tuteur légitime qui est incapable, on nomme un tuteur *ad certam causam*, celui-ci est

(1) Voy., ci-dessus, p. 341.
(2) Gaius, I, § 173.
(3) *Ibid.*, §§ 174 et 175.
(4) *Ibid.*, §§ 176-181. Voy. aussi *Fragm. d'Ulpien*, XI, §§ 20-22.

toujours donné *personæ*, puisqu'il s'agit pour lui d'*interponere auctoritatem* (1).

2° Justinien, après avoir établi dans la Novelle 118 un nouveau système de succession, déclare (chap. 5) que les règles qui viennent d'être posées sont applicables en matière de tutelle, de sorte qu'en principe la vocation à la tutelle se trouve calquée sur la vocation à la succession. On se demande si par là ne sont pas abrogées toutes les règles particulières sur la tutelle légitime du père émancipateur et sur la tutelle fiduciaire de ses fils. La question présente notamment de l'intérêt quand l'émancipé a des frères : si nous disons que le système consacré aux Institutes subsiste encore, il s'ensuivra que le père émancipateur aura seul la tutelle de l'émancipé ; si nous disons au contraire que ce système est abrogé par la Novelle 118, il s'ensuivra que la tutelle appartiendra au père et aux frères de l'émancipé. Je crois que l'idée que Justinien a voulu exprimer, dans le Chapitre 5 de la Novelle 118, est simplement que désormais la tutelle légitime n'appartiendra plus aux agnats à l'exclusion des cognats. Je considère donc les Titres *De legit. parent. tut.*, et *De fiduc. tut.*, aux Institutes, comme n'ayant point été abrogés par la Novelle 118 (2).

6° *Tutelle déférée par le magistrat.*

Les interprètes modernes appellent habituellement *dative* la tutelle déférée par le magistrat; mais nous avons déjà vu que les jurisconsultes romains appelaient ainsi la tutelle testamentaire.

Sur cette matière, nous aurons à étudier les deux points suivants : 1° Dans quels cas y a-t-il lieu à la tutelle déférée par le magistrat? 2° Quels sont précisément les magistrats qui ont le *jus dandi tutores?*

I. Dans quels cas le magistrat procède-t-il à la nomination du tuteur? Ces cas sont assez nombreux. En voici la liste :

1° Un impubère (ou, dans l'ancien droit, une femme) *sui juris* se trouve n'avoir aucun tuteur, *nullus omninò tutor est.* C'est un

(1) Voy., ci-dessus, p. 344.

(2) C'est aussi l'opinion de M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. I, § 267.

ingénu : on ne lui a pas donné un tuteur testamentaire, et il n'a point d'agnats; ou bien c'est un affranchi, et son patron est mort sans laisser de descendants mâles. Voilà un premier cas où le magistrat devra pourvoir à la nomination du tuteur. On peut même croire, d'après la manière dont s'expriment Gaius et Ulpien, que ce cas est le seul qui fût formellement prévu par la loi Atilia, ainsi que par la loi Julia et Titia (1).

2° Le père du pupille lui a donné un tuteur testamentaire; mais il le lui a donné *ex conditione* ou *ex die certo,* et la condition ou le terme n'est pas encore arrivé; ou bien le tuteur a été donné purement et simplement, mais l'héritier institué n'a pas encore fait adition, ce qui tient en suspens toutes les dispositions testamentaires. En attendant, le pupille ne peut pas rester sans tuteur : le magistrat va donc lui nommer un tuteur, lequel cessera ses fonctions dès que le tuteur testamentaire pourra commencer les siennes (2). Il les cesserait également si la condition vient à défaillir, ou si, l'institué ne faisant pas adition, le testament se trouve *destitutum :* il y aurait lieu alors à tutelle légitime : *quamdiu testamentaria tutela speratur, legitima cessat.*

3° Le pupille a un tuteur; mais ce tuteur est fait prisonnier par l'ennemi. Tant qu'il est vivant, on peut espérer qu'il reviendra, et alors *jure postliminii* il recouvrerait la tutelle. En attendant, il y a lieu de demander au magistrat la nomination d'un autre tuteur (3). Suivant Ulpien, il doit en être de même lorsque le tuteur n'a pas été fait prisonnier par les ennemis, mais a été *missus ad eos quasi legatus, aut etiam receptus ab eis* (4).

4° Le citoyen appelé à la tutelle testamentaire ou à la tutelle légitime est en état de démence, il est sourd ou il est muet (5); ce citoyen propose et fait admettre une cause d'excuse proprement

(1) Gaius, I, § 185; *Fragm. d'Ulpien,* XI, § 18. Comp. Inst., pr. *De atil. tut.* (I, 20).

(2) Gaius, I, § 186; Inst., § 1 *De atil. tut.* Voy. aussi Ulpien, L. 10 pr. et L. 11 pr., D., *De testam. tut.* (26, 2).

(3) Gaius, I, § 187; Inst., § 2 *De atil. tut.*

(4) L. 15, D., *De tutel.*

(5) En cas pareil, les interprètes disent habituellement qu'il y a *excusatio necessaria.*

dite, ou bien enfin il est exclu *quasi suspectus*. Dans tous ces cas, il y aura lieu à la nomination d'un tuteur par le magistrat (1).

5° Le père du pupille avait nommé plusieurs tuteurs testamentaires ; l'un d'eux vient à mourir, ou il subit une grande *capitis deminutio : poterit dari alius*, dit Ulpien*; cæterùm, si nullus supersit vel in civitate sit, legitima tutela succedit* (2).

6° Enfin c'est un principe général que, dans tous les cas où l'on déroge à la règle *tutorem habenti tutor non datur* (3), le tuteur, qui n'a qu'un caractère provisoire, est nommé par le magistrat (4).

II. A quels magistrats appartient-il de nommer les tuteurs? A cet égard, le jurisconsulte Ulpien pose un principe général d'une grande importance, lorsqu'il dit : *Tutoris datio neque imperii est neque jurisdictionis; sed ei soli competit cui nominatim hoc dedit vel Lex vel Senatusconsultum vel Princeps* (5). La *tutoris datio* ne rentre ni dans l'*imperium* ni dans la *jurisdictio :* le magistrat même qui est investi de l'*imperium* ou de la *jurisdictio* ne peut pas nommer un tuteur, s'il n'en a reçu spécialement le pouvoir d'une loi, d'un Sénatusconsulte ou d'une Constitution impériale.

A Rome, il avait été décidé anciennement par une loi Atilia que le tuteur serait donné par le Préteur urbain et par la majorité des tribuns du peuple (6). La date précise de cette loi Atilia ne nous est pas connue. Elle doit être fort ancienne : car Tite-Live, sur l'année 557 de la fondation de Rome, dit (XXXIX, 9), à propos de l'affranchie Fecennia Hispala : *Tutore a tribunis et Prætore petito.* — Les tribuns du peuple étaient au nombre de dix : il fallait donc que six au moins d'entre eux se trouvassent d'accord avec le Préteur sur le choix de la personne. Du reste, les tribuns dissidents n'auraient pas pu ici exercer leur droit d'intercession, opposer leur

(1) Paul, L. 17, D., *De tutel.;* Gaius, I, § 182; Ulpien, L. 11 §§ 1 et 2 *De testam. tut.*, et L. 3 § 8 *De legit. tutor.*

(2) L. 11 § 4 *De testam. tut.*

(3) Règle mentionnée notamment, aux Institutes, § 5 *De curator.* (I, 23).

(4) Voy. surtout : Gaius, I, § 184, et *Fragm. d'Ulpien*, XI, § 24; L. 9 pr. D., *De tutelæ et ration.* (27, 3).

(5) L. 6 § 2, D., *De tutel.*

(6) Gaius, I, § 185; *Fragm. d'Ulpien*, XI, § 18; Inst., pr. *De atil. tut.*

veto. — Dans les provinces, en vertu de la loi Julia et Titia, les tuteurs étaient nommés par les Présidents (1). Cette loi Julia et Titia est du règne d'Auguste.

Gaius et Ulpien parlent de la loi Atilia, de la loi Julia et Titia, comme étant encore en vigueur de leur temps. Cependant, à cette époque, le système des lois dont il s'agit avait certainement été modifié. D'après Suétone, il fut décidé, sous le règne de Claude, que la nomination des tuteurs appartiendrait aux Consuls ; et, d'après Julius Capitolinus, il fut décidé, sous le règne de Marc-Aurèle, que cette nomination appartiendrait à un *prœtor tutelaris* (2). Voici ce que, de son côté, nous dit Justinien : « Les pupilles ont cessé de recevoir des tuteurs en vertu de la loi Atilia, de la loi Julia et Titia. Ce furent d'abord les Consuls, puis les Préteurs, qui, en vertu de Constitutions impériales, donnèrent des tuteurs, après enquête, aux pupilles des deux sexes. En effet, les lois qui viennent d'être mentionnées ne disaient rien ni de la garantie à fournir par les tuteurs touchant la conservation des intérêts des pupilles ni des moyens de contraindre les tuteurs à prendre en main l'administration des affaires des pupilles » (3). Ainsi la loi Atilia, la loi Julia et Titia, furent d'abord réformées sous prétexte que dans ces lois il y avait des lacunes. Du reste, nous ne savons pas précisément quand les Consuls et quand les Préteurs eurent compétence. Le jurisconsulte Modestin, qui paraît avoir vécu sous les règnes d'Antonin Caracalla et d'Alexandre Sévère, supposant qu'un tuteur testamentaire a été nommé d'une manière défectueuse, parle de la *consularis potestas* comme ayant été chargée par des Constitutions impériales de confirmer la nomination (4).

Quand il y a lieu à la nomination d'un tuteur par le magistrat, on comprend que le magistrat ne procède pas d'office à cette nomination. Certaines personnes peuvent, certaines autres doivent la provoquer. Peuvent la provoquer : les parents, les alliés, *et amici parentûm, et educatores ipsorum puerorum*. Doivent la provo-

(1) Voy. les mêmes textes qui viennent d'être cités.

(2) Il paraît qu'Ulpien avait composé un *liber singularis de officio Prætoris tutelaris*. Voy. Modestin, L. 6 § 13, D., *De excusat.* (27, 1).

(3) Inst., § 3 *De atil. tut.*

(4) L. 1 § 1 *in fine*, D., *De confirm. tut.*

quer : *mater et liberti*. Quelle est la sanction de ce devoir? *Mater expellitur a legitimâ filii hereditate, quasi existens indigna accipere hereditatem legitimam, negligens ei constitui tutorem... Liberti autem ex his causis accusati apud Præsidem puniuntur, ut emendentur : si apparuerint vel propter negligentiam vel propter malitiam non petiisse* (1).

Il paraît que, déjà du temps des jurisconsultes, les tuteurs pouvaient être nommés à Rome par le Préfet de la ville. En effet, Tryphoninus, qui vivait sous le règne de Septime Sévère, parle de *tutores dati vel a Præfecto urbis vel a Prætore* (2). Les Institutes nous disent également qu'à Rome les tuteurs sont nommés par le Préfet de la ville ou par le Préteur, *secundùm eorum jurisdictionem* (3). Ces derniers mots signifient, suivant Théophile, que le Préteur n'a pas un pouvoir suffisant, et que l'intervention du Préfet de la ville est nécessaire, quand il s'agit de certaines personnes, probablement de personnes illustres. Une Constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius est bien conçue en ce sens : *Illustribus*, y est-il dit (4), *Præfectus urbi, adhibitis decem viris è numero senatûs amplissimi, et Prætore, clarissimo viro, qui tutelaribus cognitionibus præsidet, tutores ex quolibet ordine idoneos faciat retentari...* (5).

Dans les provinces, les tuteurs sont nommés soit par les Présidents, *ex inquisitione*, soit par les magistrats municipaux, sur l'ordre du Président, lorsque la fortune du pupille n'est pas considérable (6). Nous remarquerons d'abord, et c'est la conséquence de la règle générale posée au début de cette matière, que le Président ne peut déléguer à personne le droit qui lui a été confié de nommer les tuteurs : *Nec, mandante Præside, alius tutorem dare poterit* (7). Quant aux magistrats municipaux, il est certain que, du temps d'Ulpien et de Paul, ils ont le *jus dandi tutores*, et

(1) Modestin, L. 2 pr., §§ 1 et 2, D., *Qui petant tut.* (26, 6).
(2) L. 45 § 3, D., *De excusat.* (27, 1).
(3) § 4 *De atil. tut.*
(4) C'est du moins la leçon qui paraît la plus probable.
(5) L. 1, C., *De tut. vel curat. illustrium* (5, 33).
(6) Même § 4, Inst., *De atil. tut.*
(7) Ulpien, L. 8 pr., D., *De tut. et curat. datis* (26, 5).

qu'ils l'exercent sur l'ordre du Président de leur province : *Jus dandi tutores*, dit Ulpien, *datum est omnibus Magistratibus municipalibus*, *eoque jure utimur* (1). De même, Paul : *Cùm testamento duo tutores dati essent pupillo, et alter ex his vitâ defunctus fuisset, in locum ejus, petente matre, ex Præsidis provinciæ præcepto, a Magistratibus alius tutor datus est* (2). Probablement, dans le principe, la fonction des magistrats municipaux consistait simplement à transmettre au Président la *petitio*, la demande afin de nomination d'un tuteur, à diriger l'*inquisitio* qui doit précéder la nomination faite par le Président, enfin à désigner au choix du Président le citoyen qui paraît devoir remplir le mieux la charge de tuteur. Cette désignation est appelée proprement *nominatio* : on voit donc qu'il faut distinguer avec soin la *nominatio* et la *datio tutoris*. Le Président finit sans doute par confirmer toujours la proposition des magistrats municipaux, et c'est ainsi qu'on arriva naturellement à leur reconnaître à eux-mêmes le *jus dandi tutores*. On le leur avait déjà reconnu sous le règne de Domitien. En effet, le jurisconsulte Celsus, qui vivait à peu près à cette époque, parle de poursuites à exercer *in magistratus qui tutorem dederunt*, lorsque ces magistrats *dolo vel culpâ fecerunt ut minùs pupillo caveretur* (3). Nous savons, d'ailleurs, aujourd'hui, que, d'après la loi municipale de Salpensa (chap. 29), les tuteurs étaient donnés par les magistrats municipaux (4).

Enfin Justinien a réglementé à nouveau la compétence des *magistratus municipales* par une Constitution (5) qui, aux Institutes, est résumée dans les termes suivants : «Par notre Constitution, voulant couper court aux difficultés, nous avons décidé que, sans attendre l'ordre des Présidents, si la fortune du pupille ou du mineur ne dépasse pas 500 solides, les tuteurs ou curateurs seront nommés, soit par les *defensores civitatum*, concurremment avec l'évêque de la ville, soit par les autres fonctionnaires, c'est-à-dire par les magistrats, soit par le *juridicus* d'Alexandrie, sous l'obli-

(1) L. 3, D., *De tut. et curat.*
(2) L. 46 § 6, D., *De admin. et peric. tut.* (26, 7).
(3) L. 7, D., *De magistrat. conven.* (27, 8).
(4) Comp. M. Giraud, *Les tables de Salpensa et de Malaga*, p. 147 et suiv.
(5) L. 30, C., *De episcopali audientiâ* (1, 4).

gation pour ces tuteurs ou curateurs de fournir un fidéjusseur conformément à notre dite Constitution, aux risques et périls de ceux qui le reçoivent » (1).

En somme, dans le droit de Justinien, quand il s'agit de nommer un tuteur à Constantinople, rien n'a été changé à l'état de choses antérieur : en principe, la nomination appartient au Préteur, à moins qu'il ne s'agisse de personnes illustres, cas auquel l'intervention du Préfet de la ville est toujours exigée, conformément à la Constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius. Dans les provinces, on distingue suivant la fortune du pupille. Cette fortune dépasse-t-elle 500 solides (2) : le tuteur sera nommé par le Président de la province, *ex inquisitione*. Est-elle égale ou inférieure à 500 solides : le tuteur sera nommé par les magistrats municipaux, conjointement avec l'évêque dans les villes où il y en a un, sans que ces magistrats aient besoin d'attendre à cet effet un ordre du Président. Lorsque la nomination est faite par les magistrats municipaux, le tuteur doit fournir caution dans l'intérêt du pupille ; lors, au contraire, que la nomination est faite par le Président, la fortune du pupille étant considérable, il serait trop difficile de trouver une caution, et cette garantie est remplacée jusqu'à un certain point par l'*inquisitio* qui doit être faite.

Nous connaissons maintenant les différentes espèces de tutelle. En nous plaçant au point de vue du mode de désignation du tuteur, nous avons trouvé six variétés, qui peuvent être ramenées à trois principales, suivant que le tuteur est nommé par testament, par la loi ou par le magistrat. Du reste, les jurisconsultes romains eux-mêmes n'étaient pas d'accord sur le classement des différentes tutelles. Gaius, après avoir parlé successivement du tuteur testamentaire, des tuteurs légitimes et fiduciaires, du tuteur atilien, s'exprime ainsi : *Ex his apparet quot sint species tutelarum. Si verò quæramus in quot genera hæ species deducantur, longa erit disputatio : nàm de eâ re valdè veteres dubitaverunt, nosque diligentiùs hunc trac-*

(1) § 5 *De atil. tut.*
(2) Il paraît que le *solide*, du temps de Justinien, vaut environ 15 francs de notre monnaie.

tatum executi sumus et in Edicti interpretatione et in his libris quos ex Quinto Mucio fecimus. Hoc solum tantisper sufficit admonuisse, quòd quidam quinque genera esse dixerunt, ut Quintus Mucius ; alii, tria, ut Servius Sulpicius ; alii, duo, ut Labeo ; alii, tot genera esse crediderunt quot etiam species essent (1). Sans doute ceux qui, comme Labéon, arrivaient à ne reconnaître que deux grandes classes de tuteurs, ceux-là disaient : « Le tuteur est toujours nommé par la loi ou par l'homme. » Mais il est un peu hardi de faire ainsi rentrer dans une seule et même classe le tuteur testamentaire et le tuteur que nomme le magistrat. Je préfère dire ce que disait probablement Servius Sulpicius : En réalité, il y a trois grandes classes de tuteurs : *tutor testamento datus, tutor lege datus, tutor a magistratu datus.* On peut, en effet, sans inconvénient faire rentrer la tutelle fiduciaire dans la tutelle légitime, attendu que (du moins quand il s'agit d'impubères) les mêmes règles s'appliquent à l'une et à l'autre.

II. QUELLES SONT LES FONCTIONS DU TUTEUR.

Les fonctions du tuteur sont essentiellement différentes suivant qu'il s'agit de la tutelle des impubères ou de la tutelle des femmes nubiles. Parlons d'abord de la tutelle des impubères.

Ulpien nous indique bien nettement les deux fonctions distinctes dont sont chargés les tuteurs, lorsqu'il dit : *Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt* (2). Nous devons étudier successivement ces deux fonctions.

1° *Tutor negotia gerit.*

Negotia gerere, c'est administrer les biens, c'est veiller à ce que la fortune du pupille se conserve et même s'améliore. Nous allons parcourir les principaux actes d'administration que, suivant les cas, le tuteur a le devoir et, par conséquent, le pouvoir de faire.

1° C'est une règle de l'ancien droit que le tuteur doit vendre toutes choses appartenant au pupille *quæ sunt periculo subjectæ*,

(1) Comment. I, § 188.

(2) *Fragm.*, XI, § 25. — Comparez, dès à présent, deux paragraphes de Gaius, sur lesquels nous reviendrons (Comment. I, §§ 190 et 191).

quæ tempore depereunt. Cela comprend, en général, les objets mobiliers et même les maisons (1). La règle à cet égard est tellement absolue que le tuteur ne pouvait pas être dispensé de l'observer par une disposition formelle écrite dans le testament du père du pupille : *Usquè adeò licet tutoribus*, dit Ulpien, *patris præceptum negligere, ut, si pater caverit ne qvid rei suæ distraheretur, vel ne mancipia distrahantur, vel ne vestis, ne domus, ne aliæ res periculo subjectæ, liceat eis contemnere hanc patris voluntatem* (2). Et le même Ulpien ajoute que le tuteur manque à son devoir et qu'il engage sa responsabilité en différant la vente des objets dont il s'agit : *Si tutor cessaverit in distractione earum rerum quæ tempore depereunt, suum periculum facit : debuit enim confestim officio suo fungi* (3).

L'empereur Constantin a modifié l'ancien droit sur ce point : « Souvent, dit-il, les mineurs souffrent beaucoup de la règle qui astreint le tuteur à vendre tous les objets, sauf les fonds de terre et les esclaves ruraux. » En conséquence, l'empereur ordonne que le tuteur ne pourra rien vendre *sine interpositione decreti*, — *exceptis his duntaxat vestibus quæ, detritæ usu seu corruptæ servando, servari non potuerint. Animalia quoque supervacua quin veneant non vetamus* (4).

2° Le tuteur, à son entrée en fonctions, prend possession de l'argent comptant ; il touche le prix de toutes les ventes par lui faites pour le compte du pupille ; enfin, tant que dure la tutelle, il doit veiller à ce que les débiteurs du pupille, au fur et à mesure des échéances, paient exactement capital et intérêts. Le tuteur, en principe, ne doit pas garder entre ses mains les sommes qu'il a ainsi touchées : dès qu'elles ont une certaine importance, il doit les déposer en lieu sûr : *Itâ depositioni pecuniarum locus est,* dit Ulpien, *si ea summa corradi, id est colligi, possit, ut comparari ager possit*... (5). Ce n'est pas à dire que le tuteur ne doive faire

(1) Voy. l'explication, donnée par Ulpien, de ce qu'il faut entendre par *prædia urbana* : L. 198, D., *De verb. signific.*

(2) L. 5 § 9, D., *De admin. et peric. tut.* (26, 7).

(3) L. 7 § 1 *eod. Tit.*

(4) L. 22, C., *De admin. tut.* (5, 37).

(5) L. 5 pr., D., *De admin. et per. tut.*

que des placements en achats d'immeubles : il peut également prêter à intérêts, et c'est ce qu'il fera surtout avec les sommes déjà placées de cette manière et qu'on lui rembourse. On comprend qu'il serait tenu envers le pupille si par sa faute l'argent de celui-ci était resté longtemps improductif. D'après un texte de Paul, le tuteur a six mois pour opérer le recouvrement des sommes dues au pupille et pour les placer : passé ce délai, *ipse in debitam pecuniam, et in usuras ejus pecuniæ quam non fœneravit, convenitur* (1). Ulpien parle, au contraire, d'un délai de deux mois (2). Les deux jurisconsultes sont-ils donc en désaccord? Non: Paul suppose un tuteur qui entre en fonctions, qui n'est pas au courant de l'administration, tandis que dans le texte d'Ulpien il s'agit de sommes dues au pupille qui deviennent exigibles dans le cours de la tutelle (3).

3° De même que le tuteur doit faire rentrer l'argent dû au pupille, de même il doit exactement payer ce que doit le pupille. Et, si le pupille se trouvait être son débiteur, à lui-même tuteur, il pourrait et devrait se payer de ses propres mains : *Sicut solvere tutor quod debet, itâ et exigere quod sibi debetur, potest, si creditor fuit patris pupilli. Nàm et sibi solvere potest, si modò fuit pecunia undè solvat; et, si usuræ fuerunt graviores quæ ei debebantur, relevabitur ei pupillus, quia tutor se potuit liberare, sicut aliis quoque solvere et potuit et debuit* (4).

4° Quand il y a lieu de plaider pour le compte du pupille, depuis l'établissement du système formulaire, son tuteur peut le représenter, et alors il n'a même pas besoin de fournir à l'adversaire caution que le pupille ratifiera : *Vulgò observatur,* dit Ulpien, *ne tutor caveat* RATAM REM PUPILLUM HABITURUM, *quia rem in judicium deducit* (5). On comprend qu'il était surtout indispensable d'admet-

(1) L. 15, D., *eod. Tit.*

(2) *Usuræ a tutoribus non statim exiguntur, sed interjecto tempore, ad exigendum et ad collocandum, duûm mensium. Idque in judicio tutelæ servari solet. Quod spatium seu laxamentum temporis tribui non oportet his qui nummos impuberum in suos usus converterunt* (L. 7 § 11, D., *eod. Tit.*).

(3) Voy. une distinction analogue dans les art. 1065 et 1066 du Code Napoléon.

(4) Ulpien, L. 9 § 5, D., *eod. Tit.*

(5) L. 23, D., *eod. Tit.*

tre cette représentation du pupille par son tuteur lorsque le pupille, étant encore *infans*, ne pouvait pas figurer en personne au procès (1).

5° Enfin on peut dire, en termes généraux, que le tuteur peut et doit prendre toutes les mesures convenables pour que les biens du pupille ne se dégradent pas, pour qu'ils produisent des fruits, etc. Ainsi le tuteur devra donner à bail les fonds de terre et les maisons dont telle est la destination.

Il faut bien remarquer que tous les actes d'administration qui viennent d'être indiqués, lorsqu'ils ont été faits de bonne foi par le tuteur, sont inattaquables en droit civil : ils lient le pupille comme si lui-même les avait faits étant capable. Et il est de l'intérêt du pupille lui-même qu'il en soit ainsi ; car, s'il en était autrement, personne ne voudrait traiter avec son tuteur. C'est précisément ce que dit Paul, à propos des ventes faites par le tuteur : *Quæ bonâ fide a tutore gesta sunt, rata habentur etiam ex rescriptis Trajani et Hadriani; et ideò pupillus rem a tutore legitimè distractam vindicare non potest : nàm et inutile est pupillis si administratio eorum non servatur, nemine scilicet emente. Nec interest tutor solvendo fuerit necne : cùm, si bonâ fide res gesta sit, servanda sit; si malâ fide, alienatio non valet* (2). Le même jurisconsulte Paul applique également cette doctrine au cas où des débiteurs du pupille ont payé entre les mains du tuteur : *Paulus respondit, si, tempore administrandæ tutelæ, tutori tutelam gerenti debitores solvissent, liberatos eos ipso jure a pupillo* (3).

2° *Tutor interponit auctoritatem.*

Certains actes exigent des solennités particulières, l'emploi de paroles auxquelles il est impossible de rien changer. Ces actes ne peuvent être accomplis que par la partie intéressée : leur nature même répugne à ce que cette partie soit représentée par un tiers. Le principal de ces actes est l'ancienne action de la loi : *Nemo,*

(1) Ulpien, L. 1 § 2, D., *eod. Tit.*
(2) L. 12 § 1, D., *eod. Tit.*
(3) L. 46 § 5 *eod. Tit.*

alieno nomine, lege agere potest, dit Ulpien (1). Je citerai encore : l'*in jure cessio* et l'affranchissement *vindictâ*, actes dans lesquels on observe les formes de l'action de la loi; la *mancipatio;* la stipulation et l'*acceptilatio ;* enfin l'adition d'hérédité. Aucun de ces actes ne pourra être fait par le tuteur pour le compte du pupille : il faudra que le pupille y figure en personne.

D'un autre côté, le pupille peut-il toujours figurer en personne dans les actes dont il s'agit? Anciennement, il fallait pour cela que le pupille fût *pubertati proximus :* on regardait comme absolument incapables à cet égard, non-seulement l'*infans,* c'est-à-dire, comme je l'établirai plus tard, celui qui a moins de sept ans, mais même l'*infantiæ proximus,* c'est-à-dire celui dont la raison n'est guère plus développée. Du reste, à une époque qui ne nous est point parfaitement connue, que nous savons seulement être antérieure à Gaius, ces principes ont été modifiés : l'*infantiæ proximus,* au lieu d'être assimilé à l'*infans*, a été assimilé au *pubertati proximus* (2). Ainsi, du temps des grands jurisconsultes, le pupille peut valablement figurer en personne dans les actes civils, du moment qu'il est sorti de l'*infantia.* Maintenant, pour que l'acte dans lequel figure ainsi le pupille sorti de l'*infantia* produise tout son effet, ne faudra-t-il pas que le pupille soit autorisé de son tuteur? Sur ce point, une distinction doit être faite : comme dit Justinien, *auctoritas tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria* (3).

Dans quel cas le pupille a-t-il besoin de l'*auctoritas ?* Toutes les fois qu'il s'agit de rendre sa condition pire. Dans quel cas, au contraire, le pupille peut-il se passer de l'*auctoritas ?* Toutes les fois qu'il s'agit de rendre sa condition meilleure. Justinien ne se borne pas à poser cette règle : il donne un exemple. S'agit-il pour le pupille de s'obliger par une promesse faite à un tiers : l'*auctoritas* est indispensable. S'agit-il, au contraire, pour lui de stipuler d'un tiers de manière à devenir son créancier : le pupille peut se passer d'*auctoritas.* — Autre exemple. S'agit-il pour le pupille d'aliéner

(1) L. 123 pr., D., *De reg. jur.*
(2) Gaius, III, § 109; Inst., § 10 *De inutil. stipul.* (III, 19).
(3) Inst., pr. *De auctorit. tut.* (I, 21).

sa chose, il lui faut l'*auctoritas* (1), tandis qu'il n'en aurait aucun besoin pour acquérir la chose d'autrui. — En termes généraux, nous dirons : Rendre sa condition pire, c'est s'obliger ou perdre ce qu'on avait ; rendre sa condition meilleure, c'est acquérir un droit ou se libérer d'une charge.

D'un côté, le pupille n'a besoin de l'*auctoritas tutoris* que quand il s'agit de rendre sa condition pire ; d'un autre côté, on nous dit que le tuteur ne doit donner son autorisation qu'autant qu'il estime *hoc pupillo prodesse,* que l'acte est avantageux au pupille (2). Ces deux propositions n'ont-elles pas quelque chose de contradictoire ? Nullement : il suffit, pour le reconnaître, de donner aux mots leur véritable signification. Supposons qu'un pupille médiocrement riche est propriétaire de chevaux de luxe : certes, s'il trouve à s'en défaire pour un bon prix, il fera là une excellente opération. Cependant, en droit, nous dirons qu'il rend sa condition pire, parce qu'il aliène des choses qui lui appartenaient. — En d'autres termes, l'*auctoritas tutoris* est toujours nécessaire quand le pupille veut aliéner ; mais le tuteur ne doit donner son *auctoritas* qu'autant que, d'après les circonstances, l'aliénation lui paraît utile.

— Le pupille qui contracte sans l'*auctoritas tutoris* ne s'oblige pas. Toutefois, en vertu d'un rescrit d'Antonin le Pieux, il pourrait être poursuivi *quatenùs locupletior factus est* (3) ; et la plupart des jurisconsultes romains, sinon tous, admettent que, même en l'absence de tout enrichissement, il est tenu d'une obligation naturelle (4).

Que décider si le pupille non autorisé a figuré dans un contrat synallagmatique, dans un contrat en vertu duquel une personne capable devient en même temps créancière et débitrice, par exemple dans une vente, où l'acheteur est créancier de la chose et débiteur du prix ? A cette question les Institutes répondent : *In his causis ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus*

(1) Les Institutes le disent positivement, au commencement du § 2 *Quib alien. lic. vel non* (II, 8).

(2) Inst., § 2 *De auctor. tut.*

(3) Voy. Ulpien, L. 5 pr., D., *De auctorit. et cons. tut. et curat.* (26, 8).

(4) Je reviendrai plus tard sur ce point, quand je traiterai des obligations naturelles en général.

venditionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahant, obligantur ; at invicem pupilli non obligantur (1). Pour bien se rendre compte de cette décision, il importe de distinguer si le contrat synallagmatique a été, ou non, exécuté. Examinons successivement les deux hypothèses :

1° Le contrat n'a pas été exécuté. — Si la partie avec laquelle a traité le pupille non autorisé le poursuit en exécution du contrat, on répondra, au nom du pupille : « Votre action n'est pas fondée : car le pupille n'a pas pu s'obliger civilement *sine tutore auctore*, et, du reste, il ne s'est pas enrichi à l'occasion du contrat. » Si au contraire c'est le pupille qui poursuit l'autre partie, celle-ci répondra : « Je suis obligé, et je suis prêt à exécuter mon obligation ; mais je me dispenserai de le faire, si vous, de votre côté, vous n'exécutez pas l'engagement corrélatif que vous avez pris envers moi : cet engagement constitue à votre charge une obligation naturelle, dont je puis me prévaloir, sinon par voie d'action, du moins par voie d'exception. » Ce langage est parfaitement fondé. D'abord il est conforme aux principes généraux. De plus, il est justifié par des décisions spéciales de jurisconsultes. En effet, Paul suppose un pupille valablement obligé en qualité d'acheteur ; ce pupille *sine tutoris auctoritate* convient avec le vendeur *ut discedatur ab emptione :* que décider ? N'est-ce pas comme si dans le principe le pupille avait acheté sans autorisation, — cas auquel, ajoute Paul, *scilicet ipse non teneretur, sed agente eo retentiones competerent* (2) ? — Et Ulpien, supposant un pupille qui a géré les affaires d'autrui, bien entendu sans avoir été autorisé par son tuteur, dit qu'il est tenu *in id quod factus est locupletior*, mais que, si luimême actionne le *dominus* pour se faire indemniser de ses peines et de ses dépenses, *compensationem ejus quod gessit patitur,* on pourra lui retenir le montant de tout le dommage résultant de sa mauvaise gestion (3).

2° Le contrat a été exécuté. — Supposons d'abord qu'il n'a été exécuté que par le pupille : alors, l'autre partie restant obligée,

(1) Pr. *in fine De auct. tut.*
(2) L. 7 § 1, D., *De rescind. vendit.* (18, 5).
(3) L. 3 § 4, D., *De neg. gest.* (3, 5).

le pupille ne peut pas se faire rendre ce qu'il a fourni. — Si c'est l'autre partie qui a exécuté, je sous-distingue. A-t-elle payé régulièrement, c'est-à-dire au pupille autorisé, ou tout au moins au tuteur, ou bien encore au pupille devenu pubère : alors, non-seulement elle est libérée de sa dette, mais même elle peut poursuivre le paiement de sa créance, car l'obligation du pupille se trouve ratifiée. Au contraire a-t-elle payé au pupille seul : alors elle n'est libérée de sa dette et elle ne peut réclamer le paiement de sa créance que *quatenùs pupillus locupletior factus est,* qu'en tant que le pupille a profité de ce qui lui a été remis (1). — Même sous-distinction, quand le contrat a été exécuté de part et d'autre. Si la partie a payé au pupille autorisé ou au tuteur, ou au pupille devenu pubère, tout est fini : c'est comme si, dans le principe, le contrat avait été conclu entre personnes capables. Si, au contraire, elle a payé au pupille seul, elle pourra être forcée de payer une deuxième fois, *nisi in id in quod pupillus locupletior factus erit* (2).

— Quand il s'agit pour le pupille d'accepter une succession qui lui est déférée, a-t-il besoin de l'*auctoritas tutoris* ? Oui, lors même que la succession serait, en définitive, opulente : car, accepter une succession, c'est toujours s'obliger, ne fût-ce qu'à payer les frais funéraires. Aussi Justinien, après avoir posé la règle que les pupilles n'ont pas besoin d'*auctoritas* pour rendre leur condition meilleure, ajoute-t-il immédiatement : *Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere, aliter possunt nisi tutoris auctoritate, quamvis illis lucrosa sit nec ullum damnum habeat* (3). Nous verrons qu'en droit romain il se peut qu'une succession soit acquise à telle personne sans sa volonté : alors peu importe que la personne soit pupille ou pubère, il n'y a jamais besoin de l'*auctoritas tutoris*. Mais cette *auctoritas* est nécessaire au pupille toutes les fois que la succession n'est acquise que *volenti,* sans distinguer s'il s'agit d'une hérédité proprement dite, ou d'une *bonorum possessio,* c'est-à-dire

(1) L. 5 § 1, D., *De auctor. et cons.*

(2) Comp. la dissertation de M. de Vangerow, dans la 7e édition de son *Lehrbuch*, t. I, § 279.

(3) Inst., § 1 *De auctor. tut.* Voy. aussi Ulpi 8 pr., D., *De adquır. vel omitt. hered.* (29, 2).

d'une succession déférée par le droit prétorien, ou enfin d'une succession fidéicommissaire, c'est-à-dire d'une masse de biens transmise à un premier successeur pour être par lui restituée à un pupille.

Si le pupille a besoin de l'*auctoritas tutoris* pour accepter, il a également besoin de cette *auctoritas* pour répudier une succession. En effet, répudier une succession, c'est toujours rendre sa condition pire (1).

Comment les choses se passeront-elles si le pupille à qui la succession est déférée est encore *infans*? D'une part, l'adition d'hérédité est un de ces actes pour lesquels le tuteur ne peut pas représenter son pupille; d'autre part, le pupille *infans* ne peut pas agir en personne, pas même *tutore auctore*. Voici les différents expédients qui avaient été admis chez les Romains : D'abord, si c'est une *bonorum possessio* qui est déférée au pupille *infans*, son tuteur pourra le représenter : le tuteur demandera ou répudiera la *bonorum possessio* pour le compte de l'*infans* (2). Pour le cas d'une hérédité fidéicommissaire, et incidemment pour le cas d'une hérédité proprement dite, le jurisconsulte Mæcianus nous donne des détails assez curieux dans un texte dont je me borne à présenter ici l'analyse : « Si l'héritier grevé du fidéicommis a fait adition volontairement, la succession sera restituée à un esclave de l'*infans* ou à l'*infans* lui-même, *tutore auctore* : elle pourrait être restituée même à un muet. Mais, si l'héritier grevé refuse de faire adition, *quemadmodùm res expediri possit difficile est* : car l'adition ne peut être faite aux risques de l'*infans*, ni sur la demande du tuteur, ni sur celle de l'*infans*. Pourtant, dit le jurisconsulte, *infanti non dubito omnimodò subveniendum*. Or, si l'*infans* avait été institué héritier, sans aucun doute il pourrait faire un acte de gestion *tutore auctore*; quant à la *bonorum possessio*, elle peut être demandée par le tuteur. Ici l'héritier grevé peut être contraint par

(1) Ulpien, L. 4, et Paul, L. 18, D., *De adq. vel om. her.*; Dioclétien et Maximien, L. 5, C., *De repud. vel abstin. hered.* (6, 31).

(2) Cependant les textes ne sont pas bien précis sur ce point : voy. Gaius, L. 11 *De auctor. et cons.*; Ulpien, L. 7 § 1, et Paul, L. 8 *De bon. poss.* (37, 1). Il paraît que même le pupille sorti de l'*infantia* peut être représenté par son tuteur, à l'effet de demander, mais non à l'effet de répudier la *bonorum possessio*.

le tuteur à faire adition et à restituer » (1). — Enfin une Constitution rendue, en 426, par les empereurs Théodose et Valentinien décide expressément que, quand une succession est déférée à un *infans*, son tuteur peut *ejus nomine adire hereditatem... et eo modo eidem infanti hereditatem quærere* (2). C'est une extension considérable du système de la représentation du pupille par son tuteur.

Nous verrons plus tard si et comment un *infans* peut acquérir la possession.

— L'*auctoritas tutoris* est un acte solennel. Il ne suffit pas que le tuteur consente d'une manière quelconque à l'acte de son pupille : il faut qu'il exprime son consentement dans une certaine forme. C'est ce que disait Gaius, dans son commentaire sur l'Edit provincial, et c'est ce que Justinien dit aussi dans ses Institutes : *Tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri; post tempus verò, aut per epistolam interposita ejus auctoritas nihil agit* (3). Sous ce rapport, l'*auctoritas tutoris* diffère essentiellement du *jussus parentis,* qui est nécessaire par exemple pour le mariage du fils de famille : le père peut exprimer son consentement d'une manière quelconque, il peut l'exprimer par avance. — Du reste, l'*auctoritas* n'a pas besoin d'être précédée de paroles adressées au tuteur : *Etiamsi*, dit Paul, *non interrogatus tutor auctor fiat*, *valet auctoritas ejus, cùm se probare dicit id quod agitur : hoc est enim* AUCTOR FIERI (4).

Ce qui vient d'être dit touchant les formes de l'*auctoritas* s'applique sans difficulté lorsqu'il s'agissait pour le pupille de faire un de ces actes de droit civil dans lesquels la représentation de la partie intéressée par un tiers n'est pas possible. Ainsi, que le pupille fasse adition d'hérédité sans être régulièrement autorisé par son tuteur : l'adition est nulle, et ne peut être validée par une autorisation donnée après coup : il faut tout recommencer. Mais supposons, au contraire, un acte pour lequel le tuteur aurait pu représenter le pupille, par exemple un paiement; un débiteur du pupille a payé

(1) L. 65 § 3, D., *Ad senat. Trebell.* (36, 1).
(2) L. 18 § 2, C., *De jure deliber.* (6, 30).
(3) Gaius, L. 9 § 5, D., *De auctor. et cons.*; Inst., § 2 *De auctor. tut.*
(4) L. 3, D., *De auctor. et cons.*

entre les mains du pupille non autorisé : ce paiement, nul en droit civil, sera certainement validé si au bout de quelque temps le tuteur déclare le tenir pour bon.

— Lorsqu'un pupille a plusieurs tuteurs, l'*auctoritas*, pour être valable, de qui doit-elle émaner? Sur ce point, il y avait dans l'ancien droit une distinction à faire. S'agit-il de tuteurs testamentaires ou de tuteurs nommés par le magistrat *ex inquisitione* : la règle était que l'autorisation d'un seul suffit. S'agit-il, au contraire, de tuteurs légitimes ou de tuteurs nommés par le magistrat *simpliciter, sine inquisitione* : la règle était que l'autorisation de tous est nécessaire (1). Justinien a supprimé cette distinction : dans le droit de Justinien, le principe est que l'autorisation d'un seul tuteur suffit toujours (2).

Il est possible que, parmi les tuteurs, il s'en trouve un qui n'a pas le droit de gérer, *qui tutelam non gerit, cui administratio tutelæ concessa non est*. Cela peut se présenter soit en vertu d'une disposition du testateur, soit en vertu d'une décision du magistrat, soit en vertu d'un arrangement pris par les tuteurs eux-mêmes. Le tuteur *non gerens* peut-il néanmoins autoriser valablement le pupille? Suivant le jurisconsulte Pomponius, si le pupille fait une vente avec l'autorisation de ce tuteur, l'acheteur qui a su qu'il n'avait pas l'administration ne deviendra pas propriétaire (3). D'un autre côté, le jurisconsulte Africain décide que l'adition faite par le pupille *eo tutore auctore qui tutelam non gerat* est parfaitement valable (4). Cujas concilie heureusement ces deux textes, en disant qu'il faut distinguer suivant que l'acte du pupille rentre dans les actes d'administration du patrimoine (par exemple, une vente), ou bien, au contraire, ne touche pas à cette administration (comme par exemple une adition d'hérédité) : pour les actes de cette dernière espèce, le tuteur *non gerens* peut très-bien autoriser le pupille, tandis que pour les autres il ne le peut pas.

Nous savons que le tuteur d'un impubère a deux fonctions dis-

(1) *Fragm. d'Ulpien*, XI, § 26; Justinien, L. 5, C., *De auctorit. præst.* (5, 59).
(2) L. 5 *cit.*
(3) L. 4, D., *De auctor. et cons.*
(4) L. 49, D., *De adq. vel om. hered.*

tinctes. Au contraire le tuteur d'une femme nubile n'en a qu'une : *Mulierum tutores auctoritatem duntaxat interponunt* (1).

Non-seulement les femmes en tutelle administrent elles-mêmes leurs biens, mais souvent elles peuvent contraindre le tuteur à leur donner son autorisation : *Mulieres quæ perfectæ ætatis sunt, ipsæ sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratiâ tutor interponit auctoritatem suam; sæpè etiam invitus auctor fieri a Prætore cogitur* (2). Cela existait déjà du temps de Cicéron, qui s'écrie, dans une de ses boutades contre les jurisconsultes : *Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt; hi invenerunt genera tutorum quæ potestate mulierum continerentur* (3). Du reste, Gaius nous apprend que la tutelle légitime du patron ou de l'ascendant émancipateur avait conservé quelque force : « Ces tuteurs, dit-il, ne peuvent être contraints à donner leur autorisation quand il s'agit de tester, d'aliéner des choses *mancipi* ou de contracter des dettes, à moins qu'il n'y ait une grave raison pour aliéner une chose *mancipi* ou pour souscrire une obligation. En cette matière, tout a été établi dans l'intérêt des tuteurs eux-mêmes : comme l'hérédité *ab intestat* doit leur revenir, il ne faut pas qu'ils puissent être exclus par un testament, ni qu'ils soient exposés à trouver une succession diminuée par l'aliénation des objets les plus précieux ou par des dettes contractées » (4).

Comme conséquence de ce que le tuteur d'une femme nubile n'a pas l'administration des biens, Gaius fait observer que la femme n'a point de compte à lui demander : *cum tutore nullum ex tutelâ iudicium mulieri datur*. Au contraire, le tuteur d'un impubère doit toujours, à la fin de la tutelle, rendre compte de sa gestion (5).

Il a toujours été de principe en droit romain que le tuteur ne peut pas valablement donner son autorisation là où lui-même a un

(1) *Fragm. d'Ulpien*, XI, § 25.
(2) Comment. I, § 190 *in fine*.
(3) *Pro Murenâ*, 12.
(4) Comment. I, § 192.
(5) Gaius, I, § 191; Inst., § 7 *De atil. tut.* Voy. aussi, au Digeste le Titre *De tutelæ et ration. distrah.* (27, 3).

intérêt personnel : *In rem suam auctor tutor fieri non potest* (1). En conséquence, s'il a un procès avec son pupille, il ne pourra pas autoriser son pupille à plaider contre lui. Alors comment procédera-t-on? La règle, à cet égard, a varié avec les différents systèmes de procédure qui successivement ont été en usage chez les Romains. *Olim, cùm legis actiones in usu erant, si inter tutorem et mulierem pupillumve legis actione agendum erat, alius tutor dabatur, quo auctore illa legis actio perageretur; qui dicebatur* PRÆTORIUS TUTOR, *quia a Prætore urbano dabatur.* Lorsque le système formulaire eut pris la place des actions de la loi, il paraît que le *prætorius tutor* fut conservé seulement pour le cas où le procès constituait un *judicium legitimum* (2); probablement, en dehors de ce cas, on se contentait de donner à la femme ou au pupille un curateur pour l'assister dans le procès. Enfin, dans le droit de Justinien, c'est toujours à la nomination d'un curateur qu'on a recours : *quo interveniente judicium peragitur, et eo peracto curator esse desinit* (3).

Lorsque le pupille a plusieurs tuteurs, chacun séparément pouvant l'autoriser, il sera inutile, au cas où il aurait un procès avec un de ses tuteurs, de lui nommer un tuteur particulier ou un curateur. Etant en procès avec le tuteur Primus, il sera autorisé à plaider par le tuteur Secundus (4). De même, il pourrait très-bien s'obliger envers le tuteur Primus avec l'autorisation du tuteur Secundus (5).

Justinien, dans la Novelle 72, chap. 2, prévoit le cas où le tuteur d'un pupille deviendrait le créancier de son pupille, par exemple à l'occasion d'une succession qu'il recueille : l'empereur veut que dès ce moment on lui adjoigne un cotuteur.

(1) Gaius, I, § 184; Ulpien, L. 1 pr., L. 5 pr. et L. 7 pr., D., *De auctor. et cons.*

(2) Sur le *judicium legitimum*, voy. Gaius, IV, § 104.

(3) Inst., § 3 *De auctor. tut.* Pour l'ancien droit, voy. Gaius, I, § 184, et les *Fragm. d'Ulpien*, XI, § 24. Voy. aussi, au Code, le Titre *De in litem dando tut. vel curat.* (5, 44).

(4) Javolenus, L. 24, D., *De testam. tut.* (26, 2).

(5) Ulpien, L. 5 pr., D., *De auctor. et cons.*

III. COMMENT FINIT LA TUTELLE.

Une personne est en tutelle : il est possible que pour cette personne il ne soit plus du tout question de tuteur ; il est possible aussi qu'elle ne fasse que changer de tuteur. Voilà les deux cas que nous devons successivement étudier.

I. Justinien nous dit tout d'abord, dès le début de cette matière, que la tutelle finit par la puberté : *Pupilli pupillæque, cùm puberes esse cœperint, tutelâ liberantur* (1). Dans l'ancien droit, la puberté faisait bien finir la tutelle pour les hommes, mais non pour les femmes : *Si quis,* dit Gaius, *filio filiæque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia verò nihilominus in tutelâ permanet..... Loquimur autem exceptis virginibus Vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt : itaque etiam lege* XII *Tabularum cautum est* (2).

Nous savons déjà que la puberté, non-seulement fait finir la tutelle, mais encore permet à l'homme de tester et de se marier (3). Il est donc bien important de déterminer l'époque à laquelle on est pubère. Or, dans le droit de Justinien, point de difficulté sur ce point : la puberté dépend uniquement de l'âge : l'homme est pubère à quatorze ans accomplis, la femme à douze ans accomplis (4).

Mais anciennement il n'en était pas ainsi : *Pubertatem veteres non solùm ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant.* Il paraît bien que, quant aux femmes, elles ont toujours été considérées comme nubiles, *viripotentes,* par cela seul qu'elles avaient accompli leur douzième année. Quant aux hommes, depuis Servius Tullius, ils prenaient la robe virile un certain jour de l'année après qu'ils avaient accompli leur dix-septième année, à moins que le père n'indiquât une autre époque. Je puis invoquer en ce sens plusieurs textes. Voici d'abord ce que dit Aulu-Gelle, dans ses

(1) Inst., pr. *Quib. mod. tut. fin.* (I, 22).

(2) Comment. I, § 145.

(3) Voy., ci-dessus, p. 247.

(4) Justinien, L. 3, C., *Quandò tut. vel curat. esse desin.* (5, 60); Inst., pr. *in fine Quib. mod. tut. fin.*

Nuits attiques (X, 28) : *Tubero, in Historiarum primo, scripsit Servium Tullium, regem populi romani, cùm illas quinque classes juniorum, censûs faciendi gratiâ, institueret, pueros esse existimâsse qui minores essent annis septemdecim ; atque indè ab anno septimo decimo, quo idoneos jàm esse reipublicæ arbitraretur, milites scripsisse....* Ulpien, de son côté, nous indique la *pueritia* comme étant un empêchement absolu à ce qu'on puisse *postulare apud Prætorem* : Le Préteur, dit-il, *minorem annis* XVII, *qui eos non in totum complevit, prohibet postulare* (1). Enfin Cicéron écrit à Atticus, à propos de son neveu : *Quinto togam puram Liberalibus cogitabam dare : mandavit enim pater* (2).

Sous l'Empire, on abandonna peu à peu la cérémonie du changement de toge. Alors s'éleva parmi les jurisconsultes la question de savoir à quoi on reconnaîtrait si un homme était ou non pubère. Sur cette question, trois opinions distinctes furent mises en avant : *Puberem Cassiani quidem eum esse dicunt qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit ; Proculiani autem, eum qui quatuordecim annos explevit ; verùm Priscus eum puberem esse in quem utrumque concurrit, et habitus corporis et numerus annorum...* (3). L'opinion des Proculiens avait sans doute prévalu dans la pratique, et Justinien n'aura fait que consacrer ce qui était déjà généralement admis avant lui. — Chose remarquable ! Gaius enseigne déjà la doctrine des Proculiens, quand il s'agit de la capacité de tester : il dit que le *masculus minor* XIV *annorum testamentum facere non potest* (4), ce qui est bien dire qu'on peut tester quand on a quatorze ans accomplis. Et, du reste, la question de savoir si le testateur était pubère *die facti testamenti* ne s'élevant qu'après sa mort, on ne comprend pas que l'opinion des Sabiniens ait jamais pu être suivie dans ce cas.

—La tutelle ne pouvant exister que sur un citoyen romain *sui juris*, il est évident qu'il ne peut plus du tout en être question si le pupille perd la liberté ou la cité ou s'il se donne en adrogation,

(1) *Quâ ætate aut paulò majore*, ajoute le jurisconsulte, *fertur Nerva filius publicè de jure responsitâsse* : L. 1 § 3, D., *De postul.* (3, 1).
(2) *Epist. ad Atticum*, VI, 1.
(3) *Fragm. d'Ulpien*, XI, § 28.
(4) Comment. II, § 113.

en un mot, s'il subit une *capitis deminutio* quelconque (1). La *capitis deminutio* du pupille, au point de vue de la tutelle, a le même effet que sa mort.

— Dans l'ancien droit, en vertu des lois Julia et Papia Poppæa, la tutelle d'une femme nubile s'éteignait par un mode tout particulier, *liberis*. S'agissait-il d'une femme ingénue : elle sortait de tutelle quand elle avait eu trois enfants. S'agissait-il d'une affranchie : pour être libérée de la tutelle légitime de son patron ou des fils de son patron, il fallait qu'elle eût eu quatre enfants; pour être libérée de la tutelle atilienne ou fiduciaire, il lui suffisait d'en avoir eu trois (2).

II. Passons aux cas où la tutelle subsiste, où seulement le tuteur change.

Il peut se faire qu'un tuteur testamentaire ait été donné *usque ad certam conditionem*, *usque ad certum tempus:* la condition étant accomplie, le terme étant échu, le tuteur testamentaire fera place aux agnats, tuteurs légitimes (3). — Réciproquement, un tuteur testamentaire peut avoir été donné *sub conditione* ou *ex certo tempore:* en attendant l'arrivée de la condition ou l'échéance du terme, il y aura un tuteur nommé par le magistrat; et ce tuteur fera place au tuteur testamentaire, dès que la condition sera réalisée ou que le terme sera échu (4).

Le tuteur venant à mourir, par qui sera-t-il remplacé? Si c'est un tuteur testamentaire, sa mort donne ouverture à la tutelle légitime. Si c'est un tuteur légitime, on appelle un agnat d'un degré plus éloigné. Enfin le tuteur nommé par le magistrat aura pour successeur un tuteur également nommé par le magistrat (5).

Que décider lorsque le tuteur subit une *capitis deminutio?* S'il subit la *maxima* ou la *media*, évidemment il ne peut pas garder la tutelle : c'est comme s'il était mort. *Capitis deminutione tutoris,*

(1) Inst., § 1 et § 4 *in fine Quib. mod. tut. fin.*
(2) Gaius, I, § 145, §§ 194 et 195.
(3) Inst., §§ 2 et 5 *Quib. mod. tut. fin.*
(4) Voy., ci-dessus, p. 370.
(5) Je suppose toujours, bien entendu, que le tuteur qui meurt était seu tuteur.

per quam libertas vel civitas ejus amittitur, omnis tutela perit. S'il subit seulement la *minima,* il faut distinguer : *minimâ autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantùm tutela perit, cœteræ non pereunt* (1). Cette distinction est parfaitement raisonnable, parfaitement facile à comprendre. Evidemment le tuteur ne peut pas rester tuteur lorsqu'il vient à perdre la seule qualité qui l'avait fait appeler à la tutelle. Or, le testateur ou le magistrat qui nomme un tuteur ne le nomme pas parce qu'il appartient à telle famille civile ; au contraire, la loi défère la tutelle au plus proche agnat, au patron, et elle la lui défère uniquement parce qu'il a cette qualité : donc, s'il la perd, sa vocation s'évanouit : *cessante causâ, cessat effectus.*

Relativement à ce cas de *minima capitis deminutio* du tuteur, nous avons au Digeste un fragment de Paul, dont l'explication présente une assez grande difficulté. C'est la L. 7 pr. *De cap. min.*, ainsi conçue : *Tutelas etiam non amittit capitis minutio, exceptis his quæ in jure alieno personis positis deferuntur. Igitur testamento dati, vel ex Lege, vel ex senatusconsulto, erunt nihilominùs tutores. Sed legitimæ tutelæ ex* XII *Tabulis intervertuntur, eâdem ratione quâ et hereditates exindè legitimæ, quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse, familiâ mutati.* Toute la difficulté vient de ces mots : *exceptis his quæ in jure alieno personis positis deferuntur.* Ces mots, au premier abord, sembleraient signifier que, quand un fils de famille a été nommé tuteur par testament ou par le magistrat, s'il vient à subir la *minima capitis deminutio,* il perd la tutelle. Mais c'est là une interprétation absolument inadmissible. En effet :

1° Elle est déraisonnable en elle-même : pourquoi donc la *minima capitis deminutio* d'un fils de famille, non celle d'un père de famille, ferait-elle perdre la tutelle testamentaire ou déférée par le magistrat et non la tutelle légitime ?

2° La même interprétation est contredite, aussi formellement que possible, par le texte des Institutes.

3° Elle est contredite par un texte d'Ulpien, qui décide, après Julien, que, si un fils de famille qui gère une tutelle vient à être

(1) Inst., § 4 *Quib. mod. tut. fin.*

émancipé, il reste néanmoins tuteur (1). Ce qui est vrai du cas d'émancipation est sans doute également vrai du cas d'adoption.

4° Elle est contredite même par la suite du texte de Paul, où il est dit que les tuteurs nommés par testament ou en vertu d'une loi ou en vertu d'un sénatusconsulte restent tuteurs nonobstant la *minima capitis deminutio*, mais qu'il en est autrement quand il s'agit de tutelles légitimes établies par la loi des douze Tables.

De tout cela il ressort que l'exception indiquée dans la première phrase de Paul concerne précisément les tutelles légitimes. Mais comment mettre cette idée d'accord avec le texte? Pour y arriver, on a souvent corrigé le texte. Ainsi, Jacques Godefroi, au lieu de *in jure alieno,* lit *in jure antiquo.* Haloander intercale une négation, il lit *non deferuntur:* en effet, la tutelle légitime a ce caractère particulier qu'elle n'est jamais déférée à un fils de famille. Aucune correction n'est nécessaire lorsque, avec le scholiaste des Basiliques, on entend les mots *in jure alieno personis positis* comme étant synonymes de ceux-ci : *personis quæ remanserunt in potestate usque ad mortem patris*. Paul aurait alors employé une espèce de périphrase pour désigner ceux qui, étant toujours restés sous la puissance de leur père, n'étant devenus *sui juris* qu'au jour de sa mort, avaient conservé à ce moment leur agnation et ont pu être appelés à une tutelle légitime (2).

— Enfin le tuteur peut être écarté comme suspect ; il peut aussi obtenir de se retirer pour cause d'excuse légitime. *Desinunt tutores esse*, dit Justinien, *qui vel removentur a tutelâ ob id quod suspecti visi sunt, vel ex justâ causâ sese excusant et onus administrandæ tutelæ deponunt*, *secundùm ea quæ inferiùs proponemus* (3). Pour le moment, je ferai seulement deux observations sur ce point :

D'abord, comme nous l'avons déjà remarqué, toutes les fois qu'il y a lieu de remplacer un tuteur qui est écarté comme suspect ou qui se fait excuser, c'est le magistrat qui pourvoit à son remplacement, il n'y a pas vocation d'un tuteur légitime (4).

(1) L. 11, D., *De tut. et ration.* (27, 3).
(2) Comp. M. de Savigny, *System*, t. II, § 69, note *p* ; et M. de Vangerow. *Lehrbuch*, t. I, § 288.
(3) Inst., § 6 *Quib. mod. tut. fin.* Comp. Gaius, I, § 182.
(4) Voy., ci-dessus, p. 370 et 371.

En second lieu, il peut arriver qu'un tuteur présente et fasse admettre une cause d'excuse et que cependant il n'y ait pas à le remplacer par un nouveau tuteur. Si la cause d'excuse n'est que temporaire, celui qui l'a fait admettre conserve le titre de tuteur; seulement on nomme un curateur pour administrer (1).

SECONDE PARTIE.

RÈGLES PROPRES A LA CURATELLE.

Nous savons que le tuteur est essentiellement donné *personæ*, ce qui veut dire qu'il a pouvoir d'autoriser la personne en tutelle. Au contraire le curateur ne peut pas *auctoritatem interponere*. La plupart du temps, celui qui a un curateur, en droit civil, est parfaitement capable (par exemple, le pubère mineur de vingt-cinq ans), ou au contraire absolument incapable (par exemple l'homme en démence ou le prodigue interdit): dans aucun de ces deux cas il ne peut être question de compléter la capacité, c'est-à-dire d'autoriser la personne. Tantôt le curateur administrera les biens; tantôt il approuvera un acte fait par la personne dont il est curateur, son approbation étant une garantie que l'acte est convenable et qu'il n'y a pas lieu de le rescinder par une voie extraordinaire telle que l'*in integrum restitutio*.

Voilà la différence capitale entre la tutelle et la curatelle : *tutor datur personæ*, *curator datur rei vel causæ*. On peut signaler une deuxième différence, qui, du reste, jusqu'à un certain point se rattache à la première. Le tuteur est tenu envers son pupille à une fidélité particulière : il n'est point de devoir plus sacré que celui qui résulte de la qualité de tuteur. Aussi Massurius Sabinus disait-il, dans son livre sur le droit civil : *In officiis, apud majores nostros, ità observatum est : primùm tutelæ, deindè hospiti, deindè clienti, tùm cognato, posteà adfini* (2). Il en résulte notamment que, si le tuteur est condamné pour avoir manqué à ses devoirs envers son pupille,

(1) Inst., § 5 *in fine De curat.* (I, 23); § 2 *De excusat.* (I, 25).
(2) Aulu-Gelle, *Nuits att.*, V, 13.

la condamnation emporte contre lui l'infamie. Nous ne voyons rien de semblable en ce qui concerne le curateur (1).

En général, les textes de droit romain distinguent très-exactement la fonction du tuteur et celle du curateur. Cependant il faut reconnaître que quelquefois les expressions sont employées abusivement l'une pour l'autre, ce qui tient à ce que, dans la pratique habituelle, à l'époque des jurisconsultes, le curateur ressemble beaucoup à un tuteur (2). Ainsi, à propos des mineurs de vingt-cinq ans, on comprend qu'Ulpien dise : *Prætor tutelam minorum suscepit* (3). Mais, où il y a une véritable inexactitude de langage, c'est dans ce texte de Modestin : *Quod, ne curatoris auctoritas intercederet in adrogatione, antè tenuerat, sub divo Claudio rectè mutatum est* (4). De même, la *Table de Salpensa*, dans son chap. 29, suppose successivement que le *municeps municipi Flavi Salpensani* qui n'a pas de tuteur, et à qui on doit en nommer un, n'est plus pupille et puis qu'il l'est encore.

— Nous avons à parler en détail des curateurs donnés : 1° aux *prodigi*, aux *furiosi*, etc.; 2° aux pubères mineurs de vingt-cinq ans; 3° aux pupilles. — Tout d'abord nous remarquerons qu'au point de vue du mode de désignation il y a deux classes de curateurs : *Curatores*, dit Ulpien, *aut legitimi sunt, id est qui ex lege* XII *Tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a Prætore constituuntur* (5).

1° *Curateurs des* PRODIGI, *des* FURIOSI, etc.

La loi des douze Tables voulait que les prodigues et les individus en démence (même âgés de plus de vingt-cinq ans, dit Justinien) fussent sous la curatelle de leurs agnats (6). Le texte même de la disposition décemvirale, du moins en ce qui concerne le *furiosus*, nous a été conservé par Cicéron (7) : *Si furiosus est, adgna-*

(1) Comp. M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. I, § 263.

(2) *In paucissimis distant curatores a tutoribus*, dit Modestin, L. 13 pr., D. *De excusat.*

(3) L. 1 pr., D., *De minor.* (4, 4).

(4) L. 8, D., *De adopt.* (1, 7).

(5) *Fragm.*, XII, § 1.

(6) *Fragm. d'Ulpien*, XII, § 2; Inst., § 3 *De curat.* (I, 23).

(7) *De invent.*, II, 50.

torum gentiliumque in eo pecuniâque ejus potestas esto. Gaius (Comment. II, § 64) dit qu'en vertu de la loi des douze Tables l'agnat, curateur du *furiosus*, peut aliéner les biens de ce *furiosus* (1). Julien, après avoir dit que le tuteur d'un pupille *domini loco habetur*, ajoute qu'il en est de même *circà curatorem furiosi, quia adeò personam domini sustinet ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur* (2). Enfin Ulpien, dans un passage inséré au Digeste, présente encore le *furiosus* et le *prodigus* comme étant *in potestate curatorum* (3).

Quant au prodigue, pour qu'il tombât sous la curatelle de ses agnats, il fallait tout d'abord que le magistrat l'eût interdit. D'après Ulpien, cette interdiction, mentionnée dans la loi des douze Tables, existait déjà antérieurement : *Lege* XII *Tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio ; quod moribus quidem ab initio introductum est* (4). Horace exprime très-exactement l'idée que le pouvoir des agnats (qu'il appelle *tutela*) présuppose une intervention du magistrat, lorsqu'il dit, en parlant d'un dissipateur:

... Huic omne adimat jus
Prætor, et ad sanos abeat tutela propinquos (5).

Paul nous a conservé la formule d'interdiction, que le Préteur prononçait suivant la coutume (*moribus*). Voici cette formule, qui est curieuse à plus d'un titre : *Quandò tibi bona paterna avitaque nequitiâ tuâ disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ære commercioque interdico* (6). On le voit, il faut supposer un homme qui dissipe les biens à lui transmis par son père ou par son grand-père ; il paraît même que, pour qu'il y ait lieu à la curatelle légitime des agnats, ces biens doivent avoir été recueillis *ab intestat* (7). La loi des douze Tables n'avait considéré comme devant être interdit que l'individu qui, dissipant le patrimoine au-

(1) Il est vrai qu'ailleurs le même Gaius exige que ce soit *ex administratione* : voy. L. 17, D., *De curat. fur.* (27, 10).
(2) L. 56, D., *De furtis* (47, 2).
(3) L. 1 pr. *in fine De curat. fur.* (27, 10).
(4) *Eod.* L. 1 pr.
(5) *Satires*, Liv. II, sat. 3.
(6) *Sentences*, III, IV *a*, § 7.
(7) *Fragm. d'Ulpien*, XII, § 3.

quel l'avait appelé la loi elle-même, violait en quelque sorte un dépôt qu'il devait rendre intact à ses enfants. Mais le Préteur allait plus loin : il donnait un curateur à quiconque dissipe follement ses biens, même à l'affranchi, qui ne peut pas avoir recueilli *ab intestat* des *bona paterna avitoque*, ou à l'ingénu qui a succédé à son père comme héritier institué (1).

De même que le Préteur a étendu la signification qu'avait le mot *prodigus* dans la loi des douze Tables, de même il a pensé qu'il convenait de mettre en curatelle, comme les *furiosi*, certaines autres personnes : *Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt* (2). Nous savons déjà que le *furiosus* est l'homme qui est dans un état habituel de démence, tandis que le *mente captus* est celui dont les facultés intellectuelles sont très-faibles (3) : celui-ci, comme celui-là, peut avoir besoin d'un protecteur.

Nous voyons dans plusieurs textes que, si le Préteur donne un curateur à tout individu qui dissipe follement ses biens, quelle qu'en soit l'origine et de quelque manière qu'il les ait recueillis, c'est que cet individu peut être considéré comme étant *furiosus* : *Solent hodiè Prætores vel Præsides,* dit Ulpien, *si talem hominem invenerint qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipondo profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi* (4). Mais entre le prodigue et le fou il reste toujours cette différence considérable que le premier est interdit et que l'autre ne l'est pas. Le prodigue interdit se trouve réduit à une condition analogue à celle du pupille sorti de l'*infantia* : il peut rendre sa condition meilleure, il est incapable de la rendre pire (5). Le *furiosus,* au contraire, n'est point constitué par la loi dans un état

(1) *Fragm. d'Ulpien, ibid.*

(2) Inst., § 4 *De curat.* Comp. Paul, L. 2, D., *De curat. fur.*

(3) Voy., ci-dessus, p. 252.

Cicéron dit, en parlant des Décemvirs : *Furorem esse rati sunt, mentis ad omnia cæcitatem. Quod, cùm majus esse videatur quàm insania, tamen ejus modi est ut furor in sapientem cadere possit, non possit insania* (*Tuscul.*, III, 5).

(4) L. 1 pr., *cit.*, *De curat. fur.* Voy. aussi le texte d'un rescrit d'Antonin le Pieux, rapporté L. 12 § 2, D., *De tut. et curat.* (26, 5).

(5) Voy. notamment Ulpien, L. 6, D., *De verb. oblig.* (45, 1).

particulier d'incapacité (1). Sans doute, jusqu'à complète guérison il garde le curateur qui lui a été donné ; mais on examine en fait si, au moment où il a passé tel acte qui exige la volonté de l'agent, il était ou non dans un intervalle lucide : telle vente qu'un *furiosus* a faite ce matin sans aucune assistance de son curateur sera peut-être reconnue valable, tandis que telle autre qu'il paraît faire ce soir sera tenue pour non avenue (2). De même, quant au *mente captus*, on ne l'interdit point : tout se borne à rechercher en fait jusqu'à quel point dans telle circonstance il a pu comprendre et vouloir. Je n'hésite pas à dire que c'est là, suivant moi, un système très-défectueux au point de vue pratique ; je préfère de beaucoup le système du droit français, aux termes duquel, la justice ayant une fois reconnu qu'une personne est dans un état habituel de démence, d'imbécillité ou de fureur, les actes que fera maintenant cette personne se trouvent frappés d'une présomption de nullité.

En définitive, comment sont nommés les curateurs des différentes personnes dont nous venons de parler? Du temps d'Ulpien, nous le savons, il y a encore des curateurs légitimes : donc le *furiosus* et le *prodigus* (en prenant ce mot dans le sens étroit que lui donnaient les douze Tables) sont encore sous la curatelle de leurs agnats. Seulement, la *potestas* de ce curateur légitime pourra, suivant les cas, être purement nominale : *Sæpè*, disait déjà Gaius, *ad alium a lege* XII *Tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii Prætor administrationem dat, scilicet cùm ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur* (3). Quant aux personnes autres que le *furiosus* et le *prodigus* des douze Tables, leurs curateurs sont toujours nommés par le magistrat. Nous voyons, du reste, qu'un homme peut, comme étant *furiosus* ou *prodigus*, recevoir un curateur *patris testamento*, le magistrat devant toujours se conformer au *judicium testatoris* (4).—La curatelle légitime de l'agnat est encore reconnue dans une Constitution de Justinien, qui porte également que le

(1) Evidemment il ne faut pas prendre au pied de la lettre ce que dit Cicéron à propos du *furiosus* : *Eum dominum esse rerum suarum vetant* XII *Tabulæ* (*Tuscul.*, III, 5).

(2) Justinien, L. 6, C., *De curat. fur.* (5, 70).

(3) L. 13, D., *De curat. fur.*

(4) Tryphoninus, L. 16, D., *De curat. fur.*

curateur nommé à un *furiosus* dans le testament de son père doit être confirmé (1). Mais il paraît que, dans l'usage, les curateurs étaient toujours nommés par les magistrats. C'est, du moins, ce qu'on peut conclure de ce passage des Institutes, où, après avoir dit que le *furiosus* et le *prodigus* sont sous la tutelle légitime de leurs agnats, on ajoute : *Sed solent Romæ Præfectus urbi vel Prætor, et in provinciis Præsides ex inquisitione eis curatores dare* (2).

Les règles qui viennent d'être exposées relativement aux fous et aux prodigues concernent exclusivement des majeurs de vingt-cinq ans. Si donc un pupille est en démence, il continuera d'avoir un tuteur : *Quia lex* XII *Tabularum ità accepta est ut ad pupillos vel ad pupillas non pertineat*. Et, de même, s'il s'agit d'un pubère mineur de vingt-cinq ans, *curator ei non ut furioso, sed ut adolescenti dabitur* (3).

2° *Curateurs des mineurs de vingt-cinq ans.*

Les Institutes posent, dans les termes suivants, le principe de cette curatelle : *Masculi puberes et feminæ viripotentes, usque ad vicesimum quintum annum completum, curatores accipiunt ; qui, licet puberes sint, adhùc tamen ejus ætatis sunt ut sua negotia tueri non possint* (4).

La circonstance qu'une personne pubère n'a pas encore 25 ans accomplis paraît avoir été prise en considération pour la première fois, chez les Romains, par la loi Plætoria, qui était déjà en vigueur du temps de Plaute, au VIe siècle (5). La loi ayant posé une règle applicable aux personnes qui n'ont pas accompli leur 25e année, on comprend que dès lors cet âge ait été appelé *ætas legitima* (6),

(1) L. 27, C., *De episcop. audientiâ* (1, 4); L. 7 §§ 5 et 6, C., *De curat. fur.* (5, 70).

(2) § 3 *in fine De curat.*

(3) Ulpien, L. 3 pr. et § 1, D., *De tutel.* (26, 1).

(4) Inst., pr. *De curat.*

(5) Sur cette loi Plætoria, voy. le beau travail de M. de Savigny, *Vermischte Schriften*, t. II, p. 321-395.

(6) Constantin, dans une Constitution qui forme la L. 2, C. Th., *De donat.* (8, 12), parle d'un homme qui, *annos Lætoriæ legis egressus, legitimam complevit ætatem.*

et que la loi elle-même soit souvent désignée par le nom de *Lex quinavicennaria*. Que décidait donc cette loi Plætoria? D'après le témoignage de Cicéron, elle établissait une accusation criminelle, un *judicium publicum rei privatæ* (1), contre l'individu qui aurait contracté avec un mineur de 25 ans, qui aurait profité de son inexpérience pour s'enrichir à ses dépens. Nous voyons dans la *Table d'Héraclée* que l'individu ainsi condamné en vertu de la loi Plætoria est indigne des fonctions municipales. De plus, le contrat à l'occasion duquel il est ainsi condamné était annulé dans l'intérêt du mineur (2). La conséquence naturelle de cette loi fut que les mineurs de 25 ans n'eurent plus aucun crédit, personne ne se souciant de traiter avec eux. Ainsi s'expliquent les plaintes que pousse un jeune dissipateur dans le *Pseudolus* de Plaute : *Lex me perdit quinavicennaria! metuunt credere omnes.* — Etait-il donc absolument impossible, sous l'empire de la loi Plætoria, de faire un contrat avec un mineur de 25 ans sans avoir à craindre et l'annulation du contrat et la condamnation à la suite du *judicium publicum?* Non : celui qui voulait traiter loyalement avec un mineur de 25 ans n'avait qu'à exiger de lui qu'il se fît nommer un curateur : la présence de ce curateur au contrat était une garantie que le mineur n'avait pas été *circumscriptus*.

Indépendamment de cette mesure instituée par la loi Plætoria, le Préteur prit bientôt l'habitude de venir au secours des mineurs de 25 ans, en leur accordant ce qu'on appelle l'*in integrum restitutio,* c'est-à-dire en supposant qu'un fait ou même qu'une abstention qui a eu des conséquences fâcheuses pour le mineur n'a pas eu lieu, en rétablissant le mineur dans la position où il était avant l'acte dommageable dont il s'agit. J'aurai plus d'une fois l'occasion de parler de cette *in integrum restitutio*. Pour le moment je me borne à remarquer que le magistrat qui l'accorde fait tout autre chose qu'appliquer les règles du droit : en raison de circonstances particulières, il met de côté, en faveur d'une personne qui lui pa-

(1) *De naturâ Deorum*, III, 30.

(2) La nullité était sans doute opposée sous forme d'exception ; et le jurisconsulte Paul paraît s'y référer lorsque, parlant des exceptions *rei cohærentes*, il suppose que quelqu'un s'est porté fidéjusseur *pro minore* XXV *annis circumscripto* : L. 7 § 1, D., *De except.* (44, 1).

rait digne d'intérêt, l'observation du droit commun. Aussi peut-on dire de cette *in integrum restitutio* qu'elle est *magis imperii quàm jurisdictionis* (1).

Marc-Aurèle apporta un nouveau changement dans la condition des mineurs de 25 ans. Son biographe Julius Capitolinus s'exprime ainsi : *De curatoribus, cùm anteà nonnisi ex lege Plætoriâ, vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ità statuit ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis.* Ce texte peut être compris, et il l'a été effectivement, de différentes manières. Voici comment je l'entends : « Avant Marc-Aurèle, il pouvait y avoir curatelle dans trois cas distincts, savoir : par application de la loi Plætoria, pour cause de prodigalité, pour cause de démence. Marc-Aurèle décida que tous mineurs de 25 ans pourraient recevoir des curateurs, lors même qu'ils ne se disposeraient pas à contracter et qu'il ne s'agirait pas de rendre la loi Plætoria inapplicable. »

— Par qui sont nommés les curateurs des mineurs? Il n'y a pas ici de curateurs légitimes; mais, à part cela, il faut appliquer ici les règles concernant la nomination des curateurs des fous et des prodigues : *Dantur curatores*, dit Justinien, *ab iisdem magistratibus a quibus et tutores. Sed curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto Prætoris vel Præsidis* (2). — Papinien fait une application assez curieuse de cette idée que le curateur donné par un père à son fils mineur de 25 ans doit être confirmé par le magistrat, lorsqu'il dit : *Si filio puberi pater tutorem, aut impuberi curatorem dederit, citrà inquisitionem Prætor eos confirmare debebit* (3).

— Lorsqu'un individu est *furiosus* ou *prodigus*, il est certain que, pour lui donner un curateur, on n'attend pas qu'il le demande. En est-il de même en ce qui concerne le mineur de 25 ans? Non : le principe est que le magistrat ne nomme un curateur au mineur de 25 ans que sur le désir exprimé par celui-ci : *Inviti adolescentes curatores non accipiunt* (4).

Le mineur, qui a conscience de sa faiblesse, peut demander qu'il

(1) Paul, L. 26 pr., D., *Ad municip.* (50, 1).
(2) Inst., § 1 *De curat.*
(3) L. 6, D., *De confirm. tut.* (26, 3).
(4) Inst., § 2 *De curat.*

lui soit nommé un curateur général et permanent, pour prendre soin de l'administration de ses biens et pour l'assister dans tous les actes qu'il voudrait faire lui-même. Mais, de plus, le mineur qui ne s'est pas ainsi volontairement placé en curatelle peut se trouver dans la nécessité de demander qu'on lui nomme un curateur, ou même en recevoir un sans l'avoir demandé, pour une affaire déterminée. Le texte des Institutes nous en donne un exemple : c'est le cas où le mineur a un procès. Si le mineur veut intenter une action, l'adversaire peut lui dire : « Je ne consens pas à plaider avec vous tant que vous ne serez pas assisté d'un curateur : autrement, après avoir succombé dans votre poursuite, vous vous feriez restituer *in integrum*, et je ne profiterais pas de la chose jugée en ma faveur. » Il en est de même quand le mineur joue le rôle de défendeur. Antonin Caracalla, dans un rescrit adressé à un homme qui veut actionner un mineur, s'exprime ainsi : *Admone adolescentem, adversùs quem consistere vis, ut curatores sibi dari postulet, cum quibus secundùm juris formam consistas : qui si in petendis his cessabit, potes tu competentem judicem adire, ut in dandis curatoribus officio suo fungatur* (1).

Au cas de procès, que citent les Institutes, nous pouvons en ajouter deux autres. D'abord le cas d'un paiement à faire au mineur : *Si minor conveniat debitorem*, dit Ulpien, *adhibere debet curatores, ut ei solvatur pecunia; cœterùm, non ei compelletur solvere... Permittitur etiam, ex Constitutione Principum, debitori compellere adolescentem ad petendos sibi curatores* (2). Dans le droit de Justinien, comme nous le verrons, le débiteur, pour avoir toute sécurité, doit payer *ex judiciali sententiâ* (3). — Le troisième cas est celui où, le mineur venant de sortir de tutelle, il s'agit pour le tuteur de rendre ses comptes. Nous voyons d'abord que des Constitutions impériales faisaient un devoir à ce tuteur d'avertir son ex-pupille *ut sibi curatores peteret* (4). D'après Callistrate, ce n'est que quand des curateurs ont ainsi été nommés que l'*officium tutoris finem acci-*

(1) L. 1, C., *Qui petant tut.* (5, 31).
(2) L. 7 § 2, D., *De minor.* (4, 4).
(3) Inst., § 2 *Quib. alien. lic.* (II, 8).
(4) Ulpien, L. 5 § 5, D., *De admin. et peric. tut.* (26, 7).

pit (1). Et, du reste, si le mineur ne tient pas compte de l'avertissement, le tuteur, *quo maturiùs possit rationem reddere administrationis,* provoque lui-même la nomination de curateurs (2).

— L'homme, après vingt ans, la femme, après dix-huit ans, peuvent obtenir de l'Empereur ce qu'on appelle la *venia ætatis*. Alors il n'y a plus de curateur, et la personne, bien que mineure de 25 ans, n'a plus droit à l'*in integrum restitutio*, — ce qui, on le comprend, est de nature à augmenter beaucoup son crédit (3). Mais le mineur qui a obtenu cette *venia ætatis* diffère encore d'un majeur de 25 ans, en ce qu'il reste soumis à la règle du Sénatusconsulte rendu sur la proposition de Septime Sévère, c'est-à-dire qu'il reste incapable d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles sans un décret (4).

Comparons rapidement la condition du pupille sorti de l'*infantia* et celle du pubère mineur de 25 ans, soit d'après l'ancien droit civil, soit d'après le droit prétorien, soit enfin d'après le droit du Code :

I. D'après l'ancien droit civil, le pupille, comme le pubère mineur de 25 ans, peut rendre sa condition meilleure, sans avoir besoin pour cela d'aucune autorisation, d'aucune assistance.

Le pupille et le pubère mineur de 25 ans sont également mis sur la même ligne par le Sénatusconsulte rendu sur la proposition de Septime Sévère, qui défend aux tuteurs et aux curateurs d'aliéner ou d'hypothéquer sans un décret les *prædia rustica vel suburbana* (5). — Nous savons déjà que l'empereur Constantin a étendu la nécessité du décret à tous les objets appartenant à un mineur (6) : la Constitution parle des tuteurs et des curateurs, et, par conséquent, elle s'applique aux biens des pubères mineurs de 25 ans, comme aux biens des pupilles.

Passons maintenant aux différences. Le pubère mineur de

(1) L. 33 § 1 *eod. Tit.*

(2) Gordien, L. 7, C., *Qui pet. tut.* (5, 31).

(3) Voy., au Code, le Titre *De his qui veniam ætatis impetrav.* (2, 45).

(4) Voy., au Code, le Titre *De prædiis et aliis reb. minor., sine decreto non alien. vel oblig.* (5, 71).

(5) L. 1, D., *De reb. eor. qui sub tut.* (27, 9).

(6) L. 22, C., *De admin. tut.* (5, 37). Voy., ci-dessus, p. 377.

25 ans peut se marier, il peut faire son testament ; le pupille est absolument incapable de contracter les *justæ nuptiæ*, incapable de tester.

Le pupille *sui juris* doit avoir un tuteur ; le pubère mineur de 25 ans peut très-bien ne pas avoir de curateur.

Le pupille non autorisé ne peut pas rendre sa condition pire : l'acte d'aliénation ou d'obligation qu'il voudrait passer *sine auctoritate tutoris* serait frappé de nullité. Au contraire, il est certain que, dans les principes du pur droit civil, le pubère mineur de 25 ans est aussi capable de s'obliger et d'aliéner (sauf la règle de l'*oratio Severi* dont je parlais il y a un instant) que le *major* xxv *annis*. Il n'y a même point à distinguer si ce mineur a ou n'a pas un curateur général, comme le montre clairement un fragment de Modestin (1) sur lequel j'aurai bientôt l'occasion de revenir. Seulement, nous savons déjà qu'il avait été décidé sous le règne de Claude que le mineur qui se donne en adrogation a besoin pour cela de l'assistance de son curateur (2).

II. Le Préteur a d'abord accordé la ressource de l'*in integrum restitutio* au pubère mineur de 25 ans, qui se trouve lésé par suite d'un acte qu'il a fait seul et que, *jure civili*, il a valablement fait. Mais le Préteur a ensuite singulièrement étendu l'emploi de cette *in integrum restitutio* : il l'a étendu au cas où la lésion provient, non d'un acte, mais d'une simple omission ; il l'a étendu au cas où la lésion atteint un pupille en tutelle, bien que celui-ci soit déjà protégé d'une manière particulière par le droit civil (3). Ainsi, tandis que le droit civil veille d'une manière spéciale aux intérêts du pupille, le droit prétorien étend sa protection, au moyen de l'*in integrum restitutio*, et sur le pupille et sur le pubère mineur de 25 ans. Du reste, cette protection ne peut jamais être accordée qu'à la personne qui a été lésée *in ipso actu*, par un acte qui en lui-même devait lui préjudicier. Exemple : un pubère mineur de 25 ans ou un pupille autorisé de son tuteur achète très-cher une chose de très-mauvaise qualité : il y aura lieu en sa faveur à l'*in*

(1) L. 101, D., *De verb. oblig.* (45, 1).

(2) Modestin, L. 8, D., *De adopt.* (1, 7); Justinien, L. 5 *in fine*, C., *De auctorit. præst.* (5, 59).

(3) Comp. M. de Savigny, *System*, t. VII, § 322.

integrum restitutio. Au contraire, ce mineur ou ce pupille autorisé achète, pour un prix raisonnable, une chose dont il a besoin, mais qui peu de temps après l'achat vient à périr par cas fortuit : il ne pourra pas être question d'*in integrum restitutio* au profit de l'acheteur (1). Encore une fois, le pupille et le pubère mineur de 25 ans sont traités l'un comme l'autre au point de vue de l'*in integrum restitutio*. Mais voici où apparaît bien la différence des deux conditions. Lorsqu'un pubère mineur de 25 ans achète, même sans aucune assistance, une chose dont il a besoin et l'achète à juste prix, si ensuite cette chose vient à périr par accident, nous disons que la perte sera pour le mineur : il ne peut pas se faire restituer contre un achat qui en lui-même n'était pas lésif. Mais, au lieu de supposer l'achat fait par un mineur, supposons-le fait par un pupille non autorisé : la chose venant à périr, sans doute le pupille ne se fera pas restituer *in integrum*, il n'en a pas besoin ; même en droit civil, il n'est pas obligé de payer le prix.

III. Nous trouvons dans le Code un rescrit adressé par les empereurs Dioclétien et Maximien à un mineur de 25 ans appelé Attianus. Ce rescrit est ainsi conçu : « *Si curatorem habens minor* XXV *annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet : cùm non absimilis ei habeatur minor curatorem habens cui, a Prætore curatore dato, bonis interdictum est. Si verò sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora præfinita excesserint, causâ cognitâ non prohiberis* (2). Cela veut dire qu'il faut soigneusement distinguer suivant que le pubère mineur de 25 ans a ou n'a pas un curateur général, un curateur permanent : quand il en a un, l'acte qu'il fait seul est nul, comme l'acte que ferait un prodigue interdit ; quand il n'en a pas, l'acte qu'il fait seul est valable, sauf seulement la possibilité d'obtenir l'*in integrum restitutio* en la demandant dans le délai prescrit.

Cette décision des empereurs Dioclétien et Maximien peut-elle être mise d'accord avec celle du jurisconsulte Modestin : *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari* (3) ? La plupart

(1) Ulpien, L. 11 § 4, D., *De minor.* (4, 4).

(2) L. 3, C., *De in integr. rest.* (2, 22).

(3) L. 101, D., *De verb. oblig.* (45, 1). Je laisse de côté les corrections qui

des interprètes le pensent ; mais leurs opinions n'en sont pas moins très-divergentes. Les uns prétendent que le texte de Modestin se rapporte exclusivement aux mineurs qui ne sont pas *in curatione constituti,* qui n'ont point un curateur général ; d'autres disent que le mineur, *sine curatore suo,* peut bien obliger sa personne, mais non son patrimoine. Ces deux premières interprétations sont absolument inadmissibles. Je ne puis pas non plus admettre celle qui consiste à dire que Modestin a simplement voulu signaler la différence de l'*auctoritas tutoris* et du *consensus curatoris;* que, suivant lui, le mineur a bien besoin de l'assistance de son curateur pour s'obliger, mais que, du reste, il n'est pas nécessaire que le curateur l'assiste au moment même où il contracte (1). Il résulte clairement d'un texte de Gaius et d'un texte de Paul que le pubère mineur de 25 ans n'a besoin d'aucune espèce d'assistance pour s'obliger valablement (2). Enfin, d'après une doctrine aujourd'hui encore très-répandue, le pubère mineur de 25 ans peut s'obliger, mais ne peut pas aliéner, sans l'assistance de son curateur : La L. 3, C., *De in integr. restit.*, dit Cujas, *de rerum alienatione, veluti de rerum venditione jàm perfectâ impletâque, loquitur, non de obligatione* (3). Cette doctrine n'est point fondée. En effet, d'abord les empereurs Dioclétien et Maximien disent que le mineur qui a un curateur ne diffère point du prodigue interdit ; or le prodigue interdit ne peut pas plus s'obliger qu'il ne peut aliéner. Et d'ailleurs il n'est pas permis de croire que les empereurs aient voulu désigner exclusivement une aliénation en employant les mots *venditio* et *contractus*.

La L. 3, C., *De in integr. rest.* ne peut donc pas être mise d'accord avec les textes du Digeste d'où il résulte que le pubère, même mineur de 25 ans, est parfaitement capable de s'obliger, sauf la possibilité d'obtenir du Préteur, suivant les cas, l'*in integrum res-*

ont été proposées sur ce texte, les uns ajoutant *non* avant *possunt*, les autres lisant *obligare* au lieu de *obligari*.

(1) Voy. en ce sens Vinnius, *Ad Institutiones*, Liv. III, Tit. xx, § 9; et Puchta, *Cursus der Institutionen*, t. II, § 202, note *aa*.

(2) Gaius, L. 141 § 2, D., *De verb. oblig.*; Paul, L. 43, D., *De oblig. et act.* (44, 7).

(3) Comment. sur le Titre *De verb. obl.*, L. 101. Voy. aussi, en ce sens, M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. I, § 291, observ. 2.

titutio contre son obligation. Cette L. 3 consacre une règle nouvelle, d'après laquelle il faut distinguer si le mineur a ou n'a pas un curateur : pour le cas où il n'en a pas, les anciens principes sont maintenus ; mais pour le cas où il en a un, il est admis désormais qu'il doit être traité comme un pupille en tutelle ou comme un prodigue interdit, en ce sens que l'obligation qu'il voudrait contracter serait nulle, et non pas seulement rescindable par voie d'*in integrum restitutio*.

3° *Curateurs donnés aux pupilles.*

Supposons un pupille qui a un tuteur légitime. Il est possible que ce tuteur ne soit pas *idoneus*, c'est-à-dire n'ait pas les qualités que suppose une bonne administration : il faudrait des faits très-graves pour que le magistrat destituât ce tuteur et en nommât un autre à sa place. La plupart du temps, on lui conservera donc le titre de tuteur ; seulement, comme il importe que les biens du pupille soient convenablement administrés, on confiera cette administration à un curateur. C'est ce que disent les Institutes, au commencement du § 5 *De curatoribus*. Nous savons déjà que, de même, quand le curateur légitime d'un *furiosus* ou d'un *prodigus* est *inhabilis*, le Préteur nomme un autre curateur, à qui il confie l'administration effective (1).

Même en supposant un tuteur nommé par testament ou nommé par le magistrat, si l'on reconnaît qu'il n'est pas *idoneus ad administrationem*, on ne le destituera pas facilement, à moins que *fraudulenter negotia administret* (2) ; mais on lui adjoindra un curateur pour administrer (3).

Nous savons déjà que, quand le tuteur présente et fait admettre

(1) Voy., ci-dessus, p. 398.

(2) Du reste, on a toujours plus d'égards pour le tuteur légitime. Voy., Inst., § 2 *De susp. tut.* (I, 26).

(3) Inst., *eod.* § 5 *De curat.*

Modestin pose, au surplus, cette règle générale : *Si tutor aliquo vinculo necessitudinis vel affinitatis pupillo conjunctus sit, vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit, et quis eorum a tutelâ removendus videatur, optimum factum est curatorem ei potiùs adjungi quàm eumdem cum notatâ fide et existimatione removeri.* L. 9, D., *De susp. tut.* (26, 10).

une cause d'excuse temporaire, le pupille reçoit provisoirement un curateur (1).

Nous savons également ce qui arrive lorsque le pupille a un procès avec son tuteur. Dans l'ancien droit, on nommait un curateur, à moins qu'il ne s'agît d'une *legis actio* ou d'un *judicium legitimum*, cas où le pupille devait plaider en personne *tutore auctore;* dans le droit de Justinien, on se contente toujours de la nomination d'un curateur (2).

— Dans l'ancien droit, lorsque les femmes *sui juris* étaient en tutelle toute leur vie, dès l'instant que la femme était nubile la fonction du tuteur se bornait à donner son autorisation, il n'avait plus l'administration des biens. Est-ce à dire que la femme doit administrer elle-même? Ce serait absurde. Si un jeune homme qui a quatorze ans accomplis peut se reconnaître incapable d'administrer et demander qu'on lui nomme un curateur, à plus forte raison ne doit-on pas laisser une jeune fille de douze ans dans la nécessité d'administrer ses affaires. Il est donc plus que probable qu'à côté de son tuteur, qui l'autorise quand il y a lieu, se trouve un curateur chargé d'administrer ses biens. Nous avons effectivement un texte dans lequel apparaissent le tuteur et le curateur d'une femme nubile : *Paulus respondit, etiam post nuptias copulatas, dotem promitti vel dari posse; sed non curatore præsente promitti debere, sed tutore auctore* (3).

— Un tuteur, même bon administrateur, peut se trouver, par suite de quelque circonstance, dans l'impossibilité d'administrer ou du moins dans l'impossibilité de pourvoir à tous les détails de l'administration. Non-seulement on ne le remplace pas par un autre tuteur, mais peut-être ne sera-t-il pas nécessaire de lui adjoindre un curateur : *Quòd si tutor adversâ valetudine vel aliâ necessitate impeditur quominùs negotia pupilli administrare possit, et pupillus vel absit vel infans sit, quem velit actorem, periculo ipsius tutoris, Prætor vel qui provinciæ præerit, decreto constituet* (4). L'agent qui va ainsi faire des actes d'administration aux risques et périls du tu-

(1) Ci-dessus, p. 394.
(2) Ci-dessus, p. 388.
(3) *Fragm. du Vatican*, § 110.
(4) Inst., § 6 *De curat.*

teur, est appelé par Pomponius *adjutor tutelæ*, tandis que le curateur est plutôt un *administrator rerum* (1). — Est-ce que cet *adjutor tutelæ* ne peut être nommé, comme le suppose le texte des Institutes, qu'autant que le pupille est *infans* ou absent? Le texte signifie simplement que, si le pupille est présent et sorti de l'*infantia*, il n'y aura pas besoin de solliciter un décret du magistrat : ce sera le pupille lui-même qui, autorisé de son tuteur, constituera un *procurator*, un mandataire (2).

TROISIÈME PARTIE.

RÈGLES COMMUNES A LA TUTELLE ET A LA CURATELLE.

1° *Des garanties accordées aux personnes qui sont en tutelle ou en curatelle.*

La loi Atilia, la loi Julia et Titia, nous le savons, ne contenaient aucune disposition *de cautione a tutoribus exigendâ rem salvam pupillis fore*, sur les garanties qu'il convient d'exiger du tuteur dans l'intérêt du pupille (3). Mais, déjà du temps des jurisconsultes, nous voyons que le tuteur et le curateur doivent, suivant certaines distinctions, prendre l'engagement de veiller aux intérêts de la personne dont les biens leur sont confiés, et même faire accéder des fidéjusseurs à cet engagement (4).

Envers qui est pris l'engagement dont il s'agit? Envers la partie intéressée elle-même, toutes les fois que cela est possible. Si cette partie est un pupille qui se trouve absent ou encore *infans*, il n'y a pas possibilité que ce pupille stipule : alors comment va-t-on procéder? *Servus ejus stipulabitur,* dit Ulpien. *Si servum non habeat, emendus ei servus est. Sed si non sit undè ematur, aut non sit expedita emptio, profectò dicemus servum publicum apud Prætorem stipulari debere...* (5). — Nous verrons bientôt que c'est quelque-

(1) L. 13, D., *De tutel.* (26, 1).
(2) Voy. Paul, L. 24 pr., D., *De admin. et peric. tut.* (26, 7).
(3) Inst., § 3 *De atil. tut.*
(4) Voy. Gaius, I, § 199. La phrase de Gaius est reproduite dans les Institutes, au commencement du pr. *De satisdat. tut.* (I, 24).
(5) L. 2, D., *Rem pup. vel adol. salvam fore* (46, 6). — Sur le *servus publicus*, comp., ci-dessus, p. 304.

fois l'un des tuteurs ou curateurs qui reçoit de son collègue la *cautio* dont il s'agit.

Tous les tuteurs ou curateurs indistinctement ne sont pas tenus de *satisdare*. On en dispense ceux qui ont été nommés par testament, *quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est;* on en dispense également ceux qui ont été nommés par le magistrat *ex inquisitione, quia idonei electi sunt* (1). Donc, en principe, les tuteurs ou curateurs qui doivent donner caution sont : 1° les tuteurs ou curateurs légitimes; 2° ceux qui sont nommés par les magistrats municipaux *sine inquisitione* (2). Il paraît toutefois que le Préteur, en connaissance de cause, dispensait souvent de la nécessité de fournir caution le patron et les fils du patron (3).

— Supposons plusieurs co-tuteurs ou plusieurs co-curateurs, qui ont été nommés par testament ou qui ont été nommés par le magistrat *ex inquisitione* : ils n'ont pas à donner caution. Mais peut-être ne s'entendent-ils pas entre eux sur le meilleur mode d'administration à suivre, de sorte que l'administration en commun devient impossible. Voici alors ce qui peut arriver. Primus, l'un des co-tuteurs ou co-curateurs, dit à son collègue Secundus : « Il faut qu'un de nous deux administre. Si vous voulez que ce soit moi, je vais vous donner la caution *rem pupilli vel adolescentis salvam fore;* si vous préférez administrer vous-même, c'est vous qui aurez à me fournir cette caution. » Secundus est mis ainsi dans la nécessité d'opter. Celui des deux qui n'administre pas reste responsable, envers le pupille ou envers le mineur, de la mauvaise administration de son collègue; mais si effectivement il est condamné par suite de cette mauvaise administration, il pourra toujours se rembourser et demeurer indemne au moyen de la caution qui a dû lui être fournie (4).

Du reste, le cas qui vient d'être indiqué n'est pas le seul dans lequel de plusieurs co-tuteurs ou co-curateurs il n'y en a qu'un qui

(1) Gaius, I, § 200; Inst., pr. *in fine De satisdat. tut.* Les rédacteurs des Institutes évitent de parler, comme le faisait Gaius, des curateurs légitimes.

(2) Comp., ci-dessus, p. 375.

(3) Ulpien, L. 5 § 1, D., *De legit. tut.* (26, 4); Papinien, L 13 § 1, D., *De tut. et curat.* (26, 5).

(4) Inst., § 1 *De satisdat. tut.* Voy. aussi Ulpien, L. 17 pr. *De testam. tut.* (26, 2), et L. 3 § 2 *De admin. et peric. tut.* (26, 7).

administre. Il est possible qu'aucun ne se soucie de donner caution : il ne s'ensuit pas nécessairement que tous administreront. D'abord le testateur, en nommant plusieurs tuteurs, a pu indiquer que tel d'entre eux aurait seul l'administration : *Quod si nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore quis gerat, ille gerere debet* (1). Supposons, maintenant, que le tuteur n'a fait aucune indication de ce genre, ou bien encore qu'il s'agit de plusieurs tuteurs ou curateurs nommés par le magistrat, ou même qu'il s'agit de plusieurs tuteurs ou curateurs légitimes : *Apparet Prætori curæ fuisse,* dit Ulpien, *ne tutela per plures administretur : quippè, etsi pater non destinaverit quis gerere debeat, attamen id agit ut per unum administretur : sanè enim faciliùs unus tutor et actiones exercet et excipit, ne per multos tutela spargatur* (2). En conséquence, le magistrat convoque les co-tuteurs ou co-curateurs, afin qu'ils élisent parmi eux celui qui administrera; et, s'ils ne se mettent pas d'accord à cet égard, si aucun d'eux n'obtient la majorité, c'est le magistrat lui-même qui *causâ cognitâ statuit quis tutelam geret* (3).

En ce qui concerne le tuteur ou curateur *honorarius*, c'est-à-dire qui n'est point chargé de l'administration, je rappelle qu'il est responsable, mais subsidiairement, envers la personne qui se trouve en tutelle ou en curatelle : *blandiuntur sibi qui putant honorarios tutores omninò non teneri* (4). — Je rappelle aussi que le *tutor honorarius* conserve le droit d'autoriser le pupille toutes les fois qu'en le faisant il ne s'ingère pas dans l'administration (5).

— Lorsque le tuteur ou curateur doit fournir la caution *rem pupilli vel adolescentis salvam fore*, s'il ne la fournit point, comment procédera-t-on? Pour dompter sa mauvaise volonté, et pour donner, autant que possible, au pupille ou à l'individu en curatelle l'équivalent de la caution à laquelle il a droit, le magistrat fera saisir des biens du tuteur ou curateur récalcitrant, de manière que ces biens servent de gage pour l'accomplissement de ses devoirs :

(1) Inst., *eod.* § 1 *De satisdat. tut.* Comp. Ulpien, L. 3 §§ 1 et suiv., D., *De admin. et peric. tut.*

(2) L. 3 § 6, D., *De admin. et per. tut.* Comp. la même L. 3 pr., ainsi que la L. 5 § 2, D., *De legit. tut.* (26, 4).

(3) L. 3 § 7, D., *De admin. et per. tut.*; Inst., *eod.* § 1 *De satisdat. tut.*

(4) Ulpien, L. 3 § 2, D., *De admin. et per. tut.*

(5) Voy., ci-dessus, p. 386.

pignoribus captis coercetur. Ainsi l'avaient décidé des Constitutions impériales (1).

— D'autres précautions avaient encore été prises dans l'intérêt des pupilles. Je citerai, en premier lieu, l'obligation imposée au tuteur de faire inventaire, afin de rendre les détournements plus difficiles : *Tutor qui repertorium non fecit,* dit Ulpien, *quod vulgò inventarium appellatur, dolo fecisse videtur..... Nihil gerere antè inventarium factum eum oportet, nisi id quod dilationem nec modicam exspectare possit* (2).

Il était admis, du temps des jurisconsultes, que l'action *tutelæ directa,* par laquelle le tuteur est tenu de rendre compte de son administration, est privilégiée *inter personales actiones,* c'est-à-dire qu'en cas d'insolvabilité du tuteur le pupille sera payé par préférence à tous les créanciers non hypothécaires. L'empereur Constantin a fait plus : il a donné au pupille et même au pubère mineur de 25 ans une hypothèque tacite sur tous les biens du tuteur ou curateur (3).

— Celui qui a été en tutelle ou en curatelle, s'il ne lui est pas rendu un compte satisfaisant de l'administration exercée par le tuteur ou curateur, peut poursuivre en justice, suivant les cas, différentes personnes. D'abord le principal débiteur, c'est-à-dire le tuteur ou curateur lui-même. De plus, les fidéjusseurs, s'il en a été fourni. Enfin, subsidiairement, certains magistrats : *Sciendum est,* dit Justinien, *non solùm tutores vel curatores pupillis vel adultis cæterisque personis ex administratione rerum teneri ; sed etiam in eos qui satisdationem accipiunt, subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit adferre. Subsidiaria autem actio in eos datur qui aut omninò a tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverunt, aut non idoneè passi sunt caveri* (4). Le Digeste et le Code contiennent chacun un Titre spécial sur cette matière (5). Le principe, consacré par un Sénatusconsulte rendu sur la proposition de l'empereur Trajan, est que l'action subsidiaire (qualifiée aussi d'*actio utilis*) est

(1) Inst., § 3 *De satisdat. tut.*
(2) L. 7 pr., D., *De admin. et per. tut.*
(3) L. 20, C., *De admin. tut.* (5, 37).
(4) Inst., § 2 *De satisdat. tut.*
(5) Sous la rubrique *De magistratibus conveniendis.*

donnée contre les magistrats municipaux, *nominatores tutorum* (1). Les magistrats supérieurs ne sont jamais tenus de cette action : *neque Præfectus urbi, neque Prætor, neque Præses provinciæ, neque quis alius cui tutores dandi jus est, hâc actione tenebitur; sed hi tantummodo qui satisdationem exigere solent* (2). Il y a, du reste, dans cette phrase quelque chose d'un peu inexact. Nous savons que les magistrats municipaux ont reçu, vers l'époque de Domitien, le *jus dandi tutores* (3). D'après le texte des Institutes, il faudrait dire que l'action subsidiaire ne peut pas être exercée contre eux; or, très-certainement ils sont tenus de cette action. L'inexactitude tient à ce que dans le principe les magistrats municipaux étaient exclusivement chargés de *nominare tutorem* et de recevoir la caution : leurs fonctions, relativement à la tutelle, étaient donc essentiellement distinctes de celles des magistrats supérieurs. Lorsqu'ensuite on a reconnu, dans une certaine mesure, à ces magistrats municipaux le *jus dandi tutores*, on n'a pas supprimé pour cela cette partie de leurs fonctions qui consiste à *satisdationem exigere*, et c'est précisément à cause de cette dernière charge qu'ils doivent être tenus de l'action subsidiaire. En d'autres termes, le texte des Institutes se trouvera exprimer une idée exacte si nous le traduisons ainsi : « Ni le Préfet de la ville, ni le Préteur, ni le Président de la pro- « vince, ni tout autre magistrat qui a *seulement* mission de nommer « le tuteur, n'est tenu de l'action subsidiaire..... »

Si le magistrat municipal est mort sans avoir été poursuivi, son héritier sera-t-il exposé à l'action subsidiaire? On pouvait en douter. D'abord, l'héritier, ne succédant pas à la fonction, doit-il cependant succéder aux obligations contractées dans l'exercice de cette fonction? D'ailleurs, il est de principe qu'une action pénale, fût-elle pénale seulement *ex parte debitoris*, n'est point donnée contre l'héritier de celui qui a encouru la peine (4); or l'action subsidiaire ressemble bien un peu à une action pénale. Mais l'opinion

(1) Dioclétien et Maximien, L. 5, C., *De magistr. conv.* (5, 75). Sur cette expression *nominatores tutorum*, voy., ci-dessus, p. 374.

(2) Inst., § 4 *De satisdat. tut.*

(3) Voy., ci-dessus, p. 373 et 374.

(4) Inst., § 1 *De perp. et tempor. act.* (IV, 12); Ulpien, L. 23 § 8, D., *Ad leg. Aquil.* (9, 2).

qui avait prévalu, c'est que même l'héritier du magistrat est tenu de l'action subsidiaire : *quæ quidem, tàm ex prudentium responsis quàm ex Constitutionibus imperialibus, etiam in heredes extenditur* (1). Du reste, pour que l'héritier soit ainsi tenu, il faut qu'il y ait eu faute très-grave de la part du magistrat : *magistratus quidem in omne periculum succedit; heres ipsius dolo proximæ culpæ succedaneus est* (2).

2° *Causes d'excuse en matière de tutelle et de curatelle.*

Le mot *excusatio* indique une dispense ou une exemption du *munus publicum* qui consiste à prendre soin des affaires d'autrui en qualité de tuteur ou de curateur.

Nous remarquons tout d'abord qu'il y a une personne qui pour aucune cause ne peut s'excuser des fonctions de tuteur ou de curateur auxquelles elle est appelée : c'est l'affranchi, quand il est chargé de la tutelle ou de la curatelle des enfants de son patron. *Libertos*, dit l'empereur Alexandre Sévère, *a tutelâ vel curâ liberorum patroni seu patronæ nullam excusationem impetrare posse amplissimus Ordo, auctore divo Marco, censuit* (3).

Le jurisconsulte Modestin avait composé un ouvrage sur la matière des excuses; ce sont surtout des fragments de cet ouvrage qui ont servi à former le Titre du Digeste *De excusationibus*. Nous trouvons aussi dans les *Fragments du Vatican* beaucoup de textes relatifs à cette matière (voy. §§ 123-247).

— Suivant le point de vue auquel on se place, on peut classer diversement les différentes causes d'excuse que reconnaît le droit romain.

A un premier point de vue, les excuses sont *perpétuelles* ou *temporaires*. Une cause d'excuse est perpétuelle lorsqu'elle permet à la personne qui peut l'invoquer de se dispenser à toujours d'exercer les fonctions de tuteur ou de curateur qui lui sont déférées; au contraire, elle est temporaire lorsque la dispense ne durera que pendant un certain temps.

A un second point de vue, on peut distinguer des causes d'excuse

(1) Inst., § 2 *in fine De satisdat. tut.*
(2) Ulpien, LL. 4 et 6, D., *De mag. conv.* (27, 8).
(3) L. 5, C., *De excusat.* (5, 62).

a suscipiendâ tantùm tutelâ vel curâ et des causes d'excuse *etiam a susceptâ tutelâ vel curâ*. Les premières dispensent seulement d'entreprendre l'administration d'une tutelle ou d'une curatelle à laquelle on est appelé; les dernières dispensent même de continuer une administration déjà commencée.

A un troisième point de vue, l'excuse est *complète* ou *partielle*. Complète, lorsque la personne est dispensée absolument de remplir les fonctions de tuteur ou de curateur; partielle, lorsque la dispense s'applique seulement à une partie de l'administration.

Enfin il y a des causes d'excuse que le magistrat est tenu d'admettre, dès qu'en fait il est prouvé qu'elles existent. Pour d'autres, au contraire, le magistrat est investi d'un certain pouvoir discrétionnaire : telle personne ayant prouvé qu'elle se trouve dans un cas qui a été admis comme constituant un cas d'excuse, le magistrat peut prononcer qu'en raison des circonstances la personne ne sera pas excusée.

Quelques interprètes distinguent encore ce qu'ils appellent l'*excusatio necessaria* et l'*excusatio voluntaria*. Mais, dans le langage des Romains, toute excuse est *voluntaria*. Au lieu d'inventer cette expression *excusatio necessaria*, il vaut mieux dire tout simplement qu'il y a *incapacité*. Du reste, quand le tuteur est incapable comme quand il fait admettre une cause d'excuse, il est toujours remplacé par un tuteur que nomme le magistrat. Il importe donc beaucoup de distinguer cette hypothèse et celle où la délation même est considérée comme non avenue. Ceci va s'éclaircir par un exemple. Un impubère ingénu devient *sui juris;* son père ne lui ayant pas nommé de tuteur testamentaire, il y a lieu à la tutellle légitime des agnats: si l'agnat le plus proche se trouve être *furiosus*, on ne passera pas au degré subséquent, le magistrat nommera un tuteur (1); si au contraire au degré le plus proche se trouve une femme, la tutelle ne lui est véritablement pas déférée, et c'est l'agnat du degré subséquent qui sera tuteur.

— Après ces notions générales, parcourons les principaux cas d'excuse, ceux qui sont mentionnés aux Institutes:

(1) Paul, L. 17, D., *De tutel.* (26, 1); Hermogénien, L. 10 § 1, D., *De legit. tut.* (26, 4).

1° Un homme est excusé de la tutelle et de la curatelle, et, suivant Justinien, c'est le cas qui se présente le plus souvent (*plerumque*), *propter liberos,* en raison du nombre de ses enfants. Le nombre exigé est de trois enfants à Rome, quatre en Italie et cinq en province (1). Peu importe que l'homme qui invoque l'excuse ait encore ses enfants sous sa puissance ou qu'il les ait émancipés; quant aux enfants donnés en adoption, ils comptent à leur père naturel et non à leur père adoptif. En cas de mort du fils, les petits-enfants *ex eo filio* comptent à leur grand-père *in locum patris sui;* en cas de mort d'une fille, les petits-enfants *ex eâ filiâ* ne comptent pas à leur grand-père maternel *in locum matris suæ* (2).

Cette première cause d'excuse a été probablement établie par les lois Julia et Papia Poppæa, qui, pour encourager le mariage et pour augmenter la population, accordaient différentes faveurs aux personnes qui avaient des enfants légitimes. Nous avons déjà vu qu'en vertu de ces lois, *jure liberorum* les femmes étaient dispensées de rester en tutelle (3).—Du reste, originairement cette cause d'excuse devait être utile surtout aux tuteurs légitimes : car les autres tuteurs ne pouvaient pas être contraints à se charger de la tutelle. D'une part, en ce qui concerne le tuteur nommé par le magistrat, nous savons que les lois Atilia, Julia et Titia n'avaient pris aucune mesure pour le contraindre à gérer (4); et, d'autre part, en ce qui concerne le tuteur testamentaire, il pouvait *abdicare se tutelâ,* déclarer qu'il n'entendait pas être tuteur (5). Seulement, il est douteux que cette *abdicatio* fût applicable à la tutelle des impubères.

Quand on dit qu'un homme peut s'excuser *propter liberos*, on suppose qu'il a des enfants légitimes : *legitimos liberos esse oportet omnes, etsi non sint in potestate* (6). Quelle est donc l'idée qu'Ulpien a voulu exprimer lorsqu'il a dit : *Justi an injusti sint filii non requiritur...* (7)? Son idée parait être simplement que, du mo-

(1) Très-probablement, dans les villes de province qui jouissaient du *jus italicum*, il suffisait d'avoir quatre enfants.

(2) Inst., pr. *De excusat.* (I, 25).

(3) Gaius, I, §§ 145 et 194. Ci-dessus, p. 391.

(4) Inst., § 3 *De atil. tut.* (I, 20).

(5) *Fragm. d'Ulpien,* XI, § 17.

(6) Modestin, L. 2 § 3, D., *De excusat.* (27, 1).

(7) *Fragm. du Vatican,* § 194.

ment que les enfants sont issus d'un mariage légitime aux yeux de l'ancien droit, peu importe qu'on ne se soit pas conformé aux conditions nouvelles prescrites par les lois Julia et Papia Poppæa. Il existe bien un rescrit des empereurs Marc-Aurèle et Lucius Verus, ainsi conçu : *Si instrumentis probas habere te justos tres liberos, excusationem tuam Manilius Carbo prætor, vir clarissimus, accipiet.* Mais, ajoute immédiatement le jurisconsulte, *justorum mentio ità accipienda est uti secundùm jus civile quæsiti sint* (1).

Les Institutes exigent encore un nombre d'enfants différent suivant qu'on se trouve à Rome, en Italie ou dans les provinces. Mais évidemment la distinction ne se comprend plus dans le droit de Justinien, puisque, sous Justinien, la ville de Rome a perdu toute espèce de prérogative par rapport à l'Italie, de même que l'Italie a perdu toute espèce de prérogative par rapport aux provinces (2).

Je puis alléguer le nombre de mes enfants pour m'excuser *a suscipiendâ, non a jàm susceptâ, tutelâ vel curâ.* Ainsi l'avaient décidé les empereurs Sévère et Antonin (3).

En principe, on ne compte à celui qui veut se faire excuser que les enfants actuellement vivants. Toutefois on considère comme encore vivants ceux qui ont succombé à la guerre, *pro republicâ : hi enim in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur* (4). — Suffit-il qu'ils aient péri pendant la guerre et par suite de la guerre, ou faut-il qu'ils soient tombés sur le champ de bataille ? La question avait fait doute. *Constat*, disent les Institutes, *eos solos prodesse qui in acie amittuntur.* Mais un fragment inséré au Digeste sous le nom d'Ulpien s'exprime en termes beaucoup moins absolus : *Quæsitum est... Meliùs probabitur eos solos qui in acie amittuntur prodesse debere* (5). Peut-être même n'est-ce réellement pas là l'opinion du jurisconsulte : car, dans les *Fragments du Vatican*, nous avons un texte qui paraît bien être d'Ulpien et qui est ainsi conçu :

(1) *Fragm. du Vatican*, § 168.
(2) La distinction est faite dans une Constitution des empereurs Sévère et Antonin : L. 1, C., *Qui numero liber. se exc.* (5, 66).
(3) L. 2 § 8, D., *De excusat.*
(4) Inst., pr. *in fine De excusat.*
(5) L. 18 *De excusat.*

Utrùm in acie duntaxat amissus, an tempore belli amissus, prosit? Aristo in acie amissum duntaxat; ego puto per tempus belli amissum debere prodesse, ne publica strages patri noceat (1).

Lorsqu'une personne n'avait pas d'enfants légitimes, il arrivait quelquefois que l'Empereur, pour lui permettre d'échapper aux peines ou même de profiter des récompenses établies par les lois Julia et Papia Poppæa, lui accordait le *jus liberorum*. Mais il paraît qu'une concession de ce genre n'était pas considérée comme pouvant excuser de la tutelle ni des autres *munera publica* auxquels la tutelle était assimilée : *Jus liberorum a Principe impetratum, nec ad hanc causam, nec ad munera prodest* (2).

2° En vertu d'un rescrit de l'empereur Marc-Aurèle, les administrateurs des biens du fisc peuvent s'excuser de la tutelle et de la curatelle. Mais c'est là une excuse temporaire : elle ne produit son effet qu'en tant que l'homme reste administrateur des biens du fisc (3).

3° Ceux qui sont obligés de s'absenter pour un service public, *reipublicæ causâ*, trouvent également dans cette circonstance une excuse temporaire. Ils peuvent s'excuser *etiam a tutelâ vel curâ jàm susceptâ;* un curateur est nommé pour administrer à leur place ; dès qu'ils ne sont plus retenus au dehors, *recipiunt onus tutelæ vel curæ*. A plus forte raison, l'absence pour le service de l'Etat excuse-t-elle *a suscipiendâ tutelâ vel curâ;* et même ici l'excuse peut être invoquée non-seulement tant que dure l'absence, mais encore un an au-delà (*anni vacatio*) : il s'agit d'une année continue, *annus copulatorum dierum,* et non d'une année utile (4).

4° Celui qui obtient une magistrature, *potestatem aliquam*, fût-ce une simple magistrature municipale, peut s'excuser, mais seulement *a suscipiendâ tutelâ vel curâ* (5).

5° En général, la personne appelée à une tutelle ou à une

(1) *Fragm. du Vatican*, § 199.

(2) *Fragm. du Vatican*, § 170.

(3) Inst., § 1 *De excusat*. Voy. aussi Hermogénien, L. 41 pr. et § 1, D., *De excusat*.

(4) Inst., § 2 *De excusat*. Voy. aussi Modestin, L. 10 pr., §§ 1-3, D., *De excusat*.

(5) Inst., § 3 *De excusat*. Voy. aussi Modestin, L. 6 § 16, D., *De excusat*.

curatelle ne peut pas s'excuser par cela seul qu'elle est en procès avec l'individu qui doit être *in tutelâ* ou *in curâ*. Il y a seulement exception pour le cas où *controversia est de hereditate*, *de omnibus bonis aut plurimâ parte eorum*. Peut-être même est-ce alors un cas d'incapacité plutôt qu'un cas d'excuse ; du moins, Julien, supposant qu'un *patruus,* appelé à la tuelle de son neveu, prétend que celui-ci a été exhérédé, s'exprime ainsi : *Æquum est tutorem pupillo dari, receptâ patrui excusatione, vel si nolit excusationem petere, remoto eo a tutelâ, itâ litem de hereditate expedire* (1). — Justinien, dans la novelle 72, chap. 1, ne veut pas que la tutelle ou curatelle puisse être confiée à celui qui se prétend créancier ou qui se reconnaît débiteur du pupille ou du mineur.

6° Peut être excusé celui qui gère déjà trois tutelles ou trois curatelles. Du reste, on considère moins le nombre des personnes que le nombre des masses de biens qu'il s'agit d'administrer : ainsi celui qui est tuteur de trois frères qui ont une fortune modique et encore indivise entre eux ne sera point excusé. Réciproquement, l'administration d'une seule tutelle pourrait quelquefois être une cause d'excuse. — En général, celui qui veut se faire excuser *propter onus tutelarum* ne peut alléguer que des tutelles ou curatelles *non adfectatæ*, qu'il n'a pas recherchées : *Affectatam sic accipiemus, si vel appetita videatur, vel, cùm posset quis se excusare, ab eâ se non excusavit* (2).

7° On peut se faire excuser pour cause de pauvreté ou de mauvaise santé, ou bien parce qu'on ne sait pas lire. Mais il était impossible de poser ici une règle absolue : le magistrat est investi d'un pouvoir discrétionnaire dont il fait usage suivant les circonstances (3).

8° L'inimitié capitale et non suivie de réconciliation qui aurait existé entre le père du pupille ou du mineur et le tuteur ou curateur serait pour celui-ci une cause d'excuse. A cela se rattache le cas où un testateur m'a nommé tuteur de son fils *propter inimi-*

(1) Inst., § 4 *De excusat.* Voy. aussi Julien, L. 20, et Marcien, L. 21 pr., D., *De excusat.*

(2) Inst., § 5 *De excusat.; Fragm. du Vatican,* § 188.

(3) Inst., §§ 6, 7 et 8 *De excusat.* Voy. aussi LL. 6 § 19, 7, 10 § 8, 11 et 12 pr., D., *De excusat.*

citias, précisément pour me vexer. De même, le cas où le père du pupille a soulevé une question d'état contre le tuteur. S'il apparaissait que le tuteur nourrît des sentiments d'animosité contre le pupille, il pouvait y avoir là un cas d'incapacité, et non pas simplement une cause d'excuse : *Si tutor inimicus pupillo parentibusve ejus sit,... Prætor rejicere eum debebit* (1).

9° L'âge est quelquefois une cause d'excuse. Ainsi, celui qui a soixante-dix ans accomplis peut s'excuser de la tutelle et de la curatelle (2). Dans l'ancien droit, un impubère pouvait être tuteur légitime ; seulement, le magistrat nommait, suivant les cas, un tuteur pour autoriser la personne, ou un curateur pour administrer les biens (3). Quant au pubère mineur de 25 ans, il n'était point incapable, il pouvait seulement s'excuser (4). Nous savons déjà que ceci a été réformé par Justinien dans une Constitution que les Institutes résument en ces termes : *Minores* XXV *annis olim quidem excusabantur ; a nostrâ autem Constitutione prohibentur ad tutelam vel curam adspirare, adeò ut nec excusatione opus fiat. Quâ Constitutione cavetur ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur nec adultus...* (5). — Dans le droit de Justinien, lorsqu'un tuteur testamentaire se trouve être *minor* XXV *annis*, il sera remplacé provisoirement par un tuteur que nomme le magistrat (6). Mais que décider en matière de tutelle légitime, si le plus proche agnat se trouve être ainsi un *minor* XXV *annis?* La tutelle sera-t-elle déférée définitivement à l'agnat du degré subséquent, ou provisoirement à un tuteur nommé par le magistrat ? La question est débattue entre les interprètes ; je suis porté à croire que la minorité de 25 ans constitue dans tous les cas une incapacité temporaire, que par conséquent il y a lieu à la nomination par le magistrat d'un tuteur intérimaire.

10° Le militaire est incapable, comme le mineur, de telle sorte

(1) Inst., §§ 9-12 *De excusat.*; Ulpien, L. 3 § 12 *De susp. tut.* (26, 10).
(2) Inst., § 13 *De excusat.*
(3) Gaius, I, §§ 177-181; Modestin, L. 10 § 7, D., *De excusat.*
(4) *Fragm. du Vatican*, §§ 151 et 223.
(5) Inst., § 13 *De excusat.*; L. 5, C., *De legit. tut.* (5, 30).
(6) Inst., § 2 *Qui test. tut. dari poss* (I, 14). Ci-dessus, p. 341.

que *nec volens ad tutelæ onus admittatur* (1). Quant aux militaires congédiés, *qui honestè compleverunt militiæ tempus*, ils sont capables ; mais en principe ils peuvent s'excuser (2).

11° A Rome, les grammairiens, les rhéteurs et les médecins, *a tutelâ vel curâ habent vacationem.* Il en est de même pour ceux qui exercent ces professions dans les autres villes, *si intra numerum sunt* (3). Ces derniers mots se réfèrent à la règle d'après laquelle, dans chaque ville, il n'y a qu'un certain nombre de professeurs ou de médecins *vacationem habentes ;* le nombre dépend de l'importance de la ville ; ceux qui doivent jouir de l'immunité sont désignés par le Sénat (4).

Spécialement en ce qui concerne la curatelle, nous voyons que celui qui a été tuteur d'une personne ne peut pas être forcé de devenir son curateur quand elle est arrivée à sa puberté (5). De même, le mari, nommé curateur de sa femme, peut s'excuser (6) ; mais c'est ici un cas d'incapacité plutôt qu'un véritable cas d'excuse (7).

Il nous reste encore à poser quelques règles générales sur la matière des excuses.

Une personne qui croit avoir plusieurs causes d'excuse distinctes peut les invoquer toutes successivement. Ainsi, la première qu'elle invoque n'étant pas admise, elle en invoquera une seconde, puis une troisième, etc., jusqu'à ce qu'elle soit parvenue à se faire excuser. Tout ce qu'on exige, c'est qu'elle soit encore dans le délai passé lequel aucune excuse ne peut plus être proposée ; délai dont nous parlerons dans un instant : *Qui vult se excusare*, dit le jurisconsulte Marcien, *si plures habeat excusationes, et de quibusdam non probaverit, aliis uti intrà tempora non prohibe-*

(1) Inst., § 14 *De excusat.*
(2) Voy., pour les détails, Modestin, L. 8, D., *De excusat.*
(3) Inst., § 15 *De excusat.*
(4) Voy. Modestin, L. 6 §§ 1 et suiv., D., *De excusat.*
(5) Inst., § 18 *De excusat.*
(6) Inst., § 19 *De excusat.*
(7) Voy. Papinien, L. 14, D., *De curat. fur.* (27, 10), Alexandre, L. 2, C., *Qui dare tut. vel curat. poss.* (5, 34).

tur (1). Cela revient à dire que celui qui présente une excuse ne renonce point par là même à en présenter d'autres, tandis que celui qui, pouvant se faire excuser *a suscipiendâ tutelâ vel curâ*, commence par s'immiscer dans l'administration, se rend par là même non recevable à invoquer son excuse (2).

A qui et dans quelle forme le tuteur ou curateur doit-il présenter son excuse? Quand il s'agit d'un tuteur ou curateur nommé par le magistrat, on aurait pu croire que dès à présent il doit procéder par voie d'appel, s'adresser au magistrat supérieur pour faire réformer le décret qui le nomme. Il n'en est cependant pas ainsi : *qui excusare se volunt non appellant*. On s'adresse d'abord au magistrat qui a fait la nomination ou qui avait qualité pour la faire ; et c'est seulement après qu'il a rejeté l'excuse proposée qu'on peut interjeter appel. Ulpien rapporte que cela avait été ainsi réglé par l'empereur Marc-Aurèle ; il ajoute que c'est une règle spéciale aux tuteurs : *alia causa est eorum qui ad aliquod munus vel honorem vocantur* (3).

Dans quel délai doivent être invoquées les excuses? D'abord le point de départ du délai est toujours l'instant où la personne a su qu'elle était appelée à la tutelle ou à la curatelle. Le délai lui-même, d'après les Institutes, est de cinquante jours continus, quand la personne demeure à moins de cent milles (*intrà centesimum lapidem*) du lieu où s'ouvre la tutelle ou la curatelle ; quand elle demeure plus loin (*ultrà centesimum*), on lui donne trente jours, plus un jour par vingt milles, mais de telle sorte qu'elle ait toujours au moins cinquante jours (4). Au lieu de ce calcul bizarre, nous dirons tout simplement que, jusqu'à la distance de 400 milles, le délai est de cinquante jours, et qu'au-delà de cette distance on augmente le délai d'un jour par chaque 20 milles d'excédant. Par exemple, celui qui demeure à 480 milles aura un délai de cinquante-quatre jours, etc.

Si pour une cause quelconque la nomination faite par le testa-

(1) L. 21 § 1, D., *De excusat.*; Inst., § 16 (phrase 1re) *De excusat.*
(2) *Fragm. du Vatican*, § 154; L. 2, C., *Si tutor vel curat. fals. allegat.* (5, 63).
(3) L. 1 §§ 1 et 2, D., *Quandò appell. sit* (49, 4).
(4) Modestin, L. 13 §§ 1 et 2, D., *De excusat.*; Inst., § 16 *eod. Tit.*

teur ou par le magistrat est nulle, il est certain qu'il n'y a pas besoin de présenter une excuse dans le délai ni d'obtenir un décret du magistrat (1).

— Les Institutes, au Titre *De excusationibus*, contiennent un § 17, ainsi conçu : *Datus autem tutor, ad universum patrimonium datus esse creditur*. Au premier abord, on n'aperçoit pas le rapport de cette décision avec la matière des excuses. Ce § 17 répond à la question suivante : Un tuteur peut-il se faire excuser pour partie, obtenir dispense d'administrer certains biens ? En principe, il ne le peut pas. Toutefois, s'il y a des biens situés à plus de cent milles, il pourra être dispensé de les administrer, à moins que tout le patrimoine du pupille ne se trouve dans une seule et même province. *Licet datus tutor*, dit Marcien, *ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest ne ultrà centesimum lapidem tutelam gerat, nisi in eâdem provinciâ pupilli patrimonium sit. Et ideò illarum rerum dabunt tutores, in provinciâ, Præsides ejus* (2). Ulpien ajoute qu'il arrive très-fréquemment (*illud usitatissimum est*) que ceux qui sont domiciliés en Italie obtiennent dispense d'administrer les biens de province (3).

—Qu'arriverait-il si un tuteur ou curateur avait réussi à tromper le magistrat et à lui faire admettre une cause d'excuse qui en réalité n'existait point? Ce tuteur ou curateur demeure responsable, *non est liberatus onere tutelæ* (4). Il pourra être poursuivi et condamné pour n'avoir pas administré. — Nous avons vu, au contraire, que lorsqu'une *justa causa manumissionis* a été déclarée par le conseil, on ne reviendra pas sur cette déclaration pour fausseté de la cause alléguée (5).

A côté du droit de présenter des causes d'excuse, existait anciennement, pour certains tuteurs, le *jus nominandi potioris*. Il n'est plus question de ce dernier droit dans les compilations de Justinien : j'en dirai seulement quelques mots.

(1) L. 13 § 12, D., *De excusat.*
(2) Marcien, L. 21 § 2, D., *De excusat.*
(3) L. 19, D., *De excusat.*
(4) Inst., § 20 *De excusat.*
(5) Inst., § 6 *Qui quib. ex caus. manum. non poss.* (I, 6). Ci-dessus, p. 211.

Le *jus nominandi potioris* appartient exclusivement au tuteur nommé par le magistrat (1), et même il y a certains cas où ce tuteur ne pourrait pas l'exercer. Il faut d'abord que la personne indiquée comme devant être chargée de la tutelle plutôt que le réclamant soit *potior necessitudine* et que de plus elle présente toute garantie *re fideque* (2). En outre, un sénatusconsulte rendu sur la proposition de l'empereur Sévère veut que le *jus nominandi potioris* ne puisse jamais être exercé par celui qui est ou qui a été collègue du pupille ou de son père *in decuriâ vel corpore*, ni par un des cognats ou alliés qui favorablement ne sont pas soumis aux dispositions caducaires des lois Julia et Papia Poppæa (3).

Les règles posées relativement aux excuses, en ce qui concerne le délai, en ce qui concerne la possibilité de renouveler la réclamation, ces règles s'appliquent également au *jus nominandi potioris : Si quis eos quos potiores nominavit, non probaverit, si adhùc intrà quinquagesimum diem est, alios potiores potest nominare* (4).

Le *jus nominandi potiorem* peut-il être exercé cumulativement avec le droit de présenter des excuses, ou bien au contraire faut-il dire que l'exercice de l'un de ces droits exclut l'exercice de l'autre? Le *jus nominandi potiorem* a quelque chose d'exorbitant, d'exceptionnel, tandis que la possibilité de se faire excuser pour une cause légitime n'a rien de contraire au droit commun. En conséquence, la personne qui commence par *nominare potiorem* est censée dire qu'elle n'a point d'excuse à présenter, tandis que celle qui tout d'abord a présenté sans succès une ou plusieurs causes d'excuse peut très-bien ensuite, comme *ultimum subsidium* en quelque sorte, employer la voie de la *nominatio potioris* (5).

Primus, ayant exercé le *jus nominandi potioris*, a obtenu gain de cause; Secundus a été nommé tuteur à sa place. La nomination de Secundus n'est pas plus définitive que ne l'était celle de Primus : non-seulement Secundus peut présenter toutes les causes

(1) *Fragm. d'Ulpien*, § 159.
(2) *Fragm. du Vatican*, § 157. Comp. Paul, *Sent.*, II, XXVIII, § 2.
(3) *Fragm. du Vatican*, § 158. Comp. les §§ 214 et suiv.
(4) *Fragm. du Vatican*, § 164.
(5) *Fragm. du Vatican*, § 207.

d'excuse reconnues par la loi, mais il peut même à son tour *nominare potiorem* (1).

3° *Des tuteurs ou curateurs suspects.*

Le *crimen suspecti*, c'est-à-dire l'accusation dirigée contre un tuteur (ou contre un curateur) pour le faire écarter comme infidèle, remonte jusqu'à la loi des douze Tables (2). Cicéron y fait allusion lorsqu'il dit : *Dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela* XII *Tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Lætoriâ* (3).

Le *crimen suspecti* est porté, à Rome, devant le Préteur; dans les provinces, devant le Président, ou devant le lieutenant du Proconsul, *cui mandata est jurisdictio* (4). Lorsque le Préteur délègue sa *jurisdictio*, il faut admettre également que le *crimen suspecti* pourra être porté devant le délégué (5).

Le *crimen suspecti* peut-il être intenté contre tout tuteur? Oui, le principe est qu'il n'y a pas à distinguer entre les différentes classes de tuteurs : ainsi, le tuteur légitime peut être accusé comme les autres. Toutefois, nous savons déjà qu'en fait, autant que cela sera possible, au lieu d'écarter comme suspect le tuteur légitime, on se contentera de lui adjoindre un curateur (6). De plus, si par extraordinaire un patron, tuteur légitime de son affranchi, est écarté comme suspect, *famæ ejus parcendum est*, au moins devra-t-on lui épargner l'infamie qu'entraîne habituellement la condamnation (7).

Par qui peut être intenté le *crimen suspecti?* Il s'agit ici d'une *actio quasi publica*, qui par conséquent est ouverte à tout le monde. On y admettrait même une femme, pourvu que sa conduite parût être inspirée *pietatis necessitudine* (8). — L'impubère ne peut pas

(1) *Fragm. du Vatican*, § 206.
(2) Inst., pr. *De susp. tut.* (I, 26).
(3) *De officiis*, III, 15.
(4) Inst., § 1 *De susp. tut.*
(5) Ulpien, L. 1 § 4, D., *De susp. tut.* (26, 10).
(6) Inst., § 5 *De curat.*
(7) Inst., § 2 *De susp. tut.*
(8) Inst., § 3 *De susp. tut.*

accuser son tuteur; mais un rescrit des empereurs Sévère et Antonin permet au pubère mineur de 25 ans d'accuser son curateur, pourvu que ce soit *ex consilio necessariorum*, sur l'avis d'une sorte de conseil de famille (1). — Ajoutons que, quand il y a un cotuteur, c'est pour lui un devoir, suivant les cas, d'accuser son collègue (2). — Enfin le magistrat peut même d'office, sans qu'aucune accusation ait été portée devant lui, écarter un tuteur comme suspect (3).

Pour quelle cause un tuteur peut-il être écarté comme suspect? Pour cause d'infidélité, *quia non ex fide tutelam gerit* (4). Du reste, peu importe qu'il y ait fraude ou *lata negligentia*, infidélité *in committendo* ou infidélité *in omittendo* (5). — L'homme qui est appelé à la tutelle n'a pas à craindre que le *crimen suspecti* soit intenté contre lui pour des faits antérieurs; mais il peut être exclu quand il y a lieu de croire qu'il ne serait pas fidèle (6). — Le tuteur ou curateur convaincu d'infidélité doit être écarté, quelles que soient les garanties pécuniaires qu'il offre de donner : accepter ces garanties, ce serait lui fournir l'occasion *diutiùs grassandi in re familiari* (7). Réciproquement, la pauvreté du tuteur ou du curateur n'est jamais une raison suffisante pour l'écarter comme suspect (8). — Qu'arrivera-t-il si le tuteur ne se présente pas lorsqu'il s'agit de fixer la somme destinée à l'entretien du pupille, *copiam suî non facit, ut alimenta pupillo decernantur*? Sa présence peut être indispensable, parce que lui seul souvent se trouve en position de fournir des renseignements précis sur la fortune du pupille. Aux termes d'un rescrit des empereurs Sévère et Antonin, le pupille est envoyé en possession des biens de ce tuteur; *et quæ morâ deteriora futura sunt, dato curatore, distrahi jubentur*. On procède ici comme, en général, quand un débiteur se cache. Un curateur est nommé pour prendre soin des biens du tuteur contumace, avec

(1) Inst., § 4 *De susp. tut.*
(2) Ulpien, L. 9 § 8, D., *De tutelæ et rat.* (26, 7).
(3) Ulpien, L. 3 § 4, D., *De susp. tut.*
(4) Inst., § 5 *De susp. tut.*
(5) Ulpien, L. 7 § 1 et L. 4 § 4, D., *De susp. tut.*
(6) Ulpien, L. 3 § 5, D., *De susp. tut.*; Inst., § 5 *in fine De susp. tut.*
(7) Inst., § 12 *De susp. tut.*
(8) Inst., § 13 *De susp. tut.*

mission de vendre ceux qui se détériorent, et probablement le prix des biens ainsi vendus est employé à l'entretien du pupille. Ce tuteur, *qui non præstat alimenta*, pourra, du reste, être écarté comme suspect (1).

Le *crimen suspecti* une fois intenté, il pourrait être dangereux de laisser l'administration au tuteur ou curateur ainsi poursuivi : on la lui enlève donc immédiatement. C'était l'opinion de Papinien, et nous la trouvons consacrée dans le droit de Justinien (2). — Ce *crimen suspecti* pourrait se trouver arrêté sans qu'il y eût encore ni condamnation ni absolution : *si tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio* (3). Et Papinien décide qu'il doit en être de même toutes les fois que la tutelle prend fin, fût-ce autrement que par la mort du tuteur ou du curateur (4). Le *crimen suspecti* ne peut se soutenir qu'autant que nous avons un accusé actuellement tuteur ou curateur, quoiqu'on ait pu du reste lui retirer l'administration.

Le *crimen suspecti* ne peut-il pas entraîner pour le tuteur ou curateur certaines peines accessoires? Il entraîne, en général, l'infamie, du moins quand le tuteur ou curateur est écarté *ob dolum* (5); or l'individu devenu ainsi *famosus* est privé du *jus suffragii* et du *jus honorum*. — Nous savons que, quand le tuteur ne se présente pas *ut alimenta pupillo decernantur*, il peut y avoir au profit du pupille *missio in possessionem bonorum ejus*. Supposons que le tuteur se présente, mais qu'il allègue mensongèrement que faute de biens *alimenta decerni non possunt* : alors, disent les Institutes, *remittendum eum esse ad Præfectum urbi puniendum placuit, sicut ille remittitur qui datâ pecuniâ ministeriis tutelam redemit* (6). Ulpien explique ainsi cette assimilation : *Non interest id agere quemquam ut corruptâ fide inquisitionis tutor constituatur, an bonâ fide constitutum, velut prædonem, bonis alienis incumbere* (7). Ce n'est pas au *crimen sus-*

(1) Inst., § 9 *De susp. tut.* Comp. Tryphoninus, L. 6 *Ubi pup. educ.* (27, 2).
(2) Inst., § 7 *De susp. tut.*
(3) Inst., § 8 *De susp. tut.*
(4) L. 11, D., *De susp. tut.*
(5) Inst., § 6 *De susp. tut.*
(6) § 10 *De susp. tut.*
(7) L. 3 § 15, D., *De susp. tut.*

pecti qu'il y a lieu en cas pareil, mais à une pénalité que prononce le Préfet de la ville. — Le Préfet de la ville est également chargé de punir l'affranchi *qui fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni gessisse probetur* (1). — Enfin, suivant Ulpien, on condamne à l'emprisonnement (*vinculis publicis jubentur contineri*) et on écarte comme suspects les tuteurs *qui pecuniam ad emptionem prædiorum conferre, neque pecuniam deponere, pervicaciter perstant* (2). Seulement, Ulpien ajoute : *Sed sciendum est non omnes hâc severitate debere tractari, sed utique humiliores; cæterùm eos qui sunt in aliquâ dignitate positi, non opinor vinculis publicis contineri oportere.*

(1) Inst., § 11 *De susp. tut.*

(2) L. 3 § 16, D., *De susp. tut.* D'après la Norique, il en serait de même des tuteurs *qui repertorium non fecerunt.*

LIVRE SECOND.

DES DROITS RÉELS ET DES TESTAMENTS.

Après avoir étudié les *personnes*, nous passons à l'étude de ce que Gaius et Justinien nous présentent comme étant le second objet du droit privé, c'est-à-dire à l'étude des *choses* (1).

Le mot *res* désigne proprement tout objet matériel, tout objet qui tombe sous nos sens. Les jurisconsultes ont imaginé des *res incorporales*, dont nous aurons plus tard à nous occuper ; mais il est bien entendu que, quand nous employons le mot *res* ou le mot *choses* d'une manière générale, sans rien ajouter, nous voulons toujours parler d'objets matériels, de *res corporales*.

Gaius et Justinien commencent par distinguer les choses suivant qu'elles sont *in nostro patrimonio* ou *extrà nostrum patrimonium* (2). Sont *in nostro patrimonio* les choses qui sont susceptibles d'appropriation, qui peuvent appartenir à une personne de manière à constituer sa fortune ; ces choses sont souvent appelées *bona* ou même *pecunia*. Sont au contraire *extrà patrimonium nostrum* des choses qui peuvent bien être utiles aux hommes, mais qui par leur nature ne sont pas susceptibles d'appropriation, ne peuvent pas appartenir à une personne déterminée.

Justinien, après avoir indiqué cette distinction générale, la développe immédiatement de la manière suivante : *Quædam enim naturali jure communia sunt omnium*, *quædam publica*, *quædam universitatis*, *quædam nullius*, *pleraque singulorum*... Justinien, en écrivant cette phrase, paraît avoir eu sous les yeux un passage de Marcien, qui forme, au Digeste, la L. 2 pr. *De divis. rer.* (1, 8). Il existe cependant une différence entre les deux textes : Marcien ne mentionne pas les choses *publiques*, ce qui tient sans doute à ce

(1) Gaius, Comment. I, § 8; Inst., pr. *De jure person.* (I, 3). Comp., ci-dessus, p. 145 et suiv.

(2) Gaius, II, § 1; Inst. pr. *De div. rer.* (II, 1).

qu'il y a peu d'intérêt pratique à distinguer les choses *publiques* des choses *communes*.

Reprenons en détail et successivement les cinq classes de choses comprises dans l'énumération de Justinien.

I. *Res communes.* — On appelle ainsi les choses qui appartiennent, en quelque sorte, au genre humain, et dont tout homme peut profiter. *Naturali jure*, dit Justinien, *communia sunt omnium hæc : aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris* (1). Qu'est-ce précisément que le rivage de la mer? où s'arrête-t-il? *Litus est*, dit Celsus, *quousque maximus fluctus a mari pervenit, idque Marcum Tullium aiunt, cùm arbiter esset, primum constituisse* (2). Justinien exprime très-bien la même idée lorsqu'il dit : *Est litus maris quatenùs hibernus fluctus maximus excurrit* (3). — Puisque le rivage de la mer est chose commune, toute personne a le droit d'y aborder, d'y séjourner, même d'y faire des constructions. Mais il est bien évident qu'on doit respecter les constructions qui peuvent y avoir déjà été faites, *villis et monumentis et ædificiis se abstinere, quia non sunt juris gentium, sicut et mare* (4).

II. *Res publicæ.*— Les choses publiques sont, à proprement parler, celles qui appartiennent, non plus au genre humain tout entier, mais à un certain peuple, aux habitants d'un certain pays. On en donne pour exemples les ports et les rivières (*flumina*). Nous pourrions croire, d'après les Institutes (5), que tous les *flumina* sans exception sont choses publiques. Mais cela doit être un peu modifié

(1) Inst., § 1 *De div. rer.*

(2) L. 96 pr., D., *De verb. signif.*

(3) Inst., § 3 *De div. rer.* — Chez nous, l'Ordonnance *de la Marine*, de 1681, a un article ainsi conçu : « Est réputé *bord* ou *rivage de la mer* tout ce qu'elle « couvre et découvre pendant les nouvelles et pleines lunes, jusqu'où le plus « grand flot de mars se peut étendre. » Au fond, l'idée est toujours la même; seulement, les Romains n'ont eu en vue que la Méditerranée, dans laquelle, comme on sait, il n'y a point de marées.

(4) Inst., § 1 *in fine De div. rer.* — On peut remarquer que Justinien (après Marcien) emploie comme exactement synonymes ces deux expressions : *Mare et litus maris, naturali jure, communia sunt omnium*; — *Mare et litus maris sunt juris gentium.*

J'aurai encore à m'occuper, dans un instant, de ce qui concerne le rivage de la mer.

(5) § 2 *De div. rer.*

d'après ce que nous voyons au Digeste. En effet, Marcien dit : *Flumina penè omnia et portus publica sunt* (1) ; et Ulpien précise en ces termes la distinction qu'il convient de faire : *Fluminum quædam publica sunt, quædam non : publicum flumen esse Cassius definit quod perenne sit ; hæc sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis* (2). — Les ports et les rivières étant choses publiques, il s'ensuit, dit Justinien, que tout le monde a le droit d'y pêcher (3).

La rive du *flumen* est-elle chose publique comme le *flumen* lui-même? Non : ce qui est public ici, ce qui appartient à tout le monde, c'est seulement l'*usus*, le droit de se servir de la chose. Ainsi, sans doute, toute personne peut approcher un bateau de la rive, attacher des cordes aux arbres qui y ont poussé, y déposer des objets ; mais la rive elle-même appartient aux propriétaires riverains, et, par conséquent, les arbres qui peuvent y croître leur appartiennent aussi (4). — Il y a donc une différence entre le rivage de la mer et la rive du *flumen*. Non-seulement il est permis à toute personne de se construire un abri sur le bord de la mer, d'y retirer ses filets et de les y laisser sécher, mais ce rivage de la mer n'a point de propriétaires, pas plus que la mer elle-même, pas plus que la terre ou le sable qui se trouve au fond de la mer (5). Nous disons que toute personne peut construire sur le rivage de la mer ; mais il faut ajouter immédiatement deux observations fort importantes. La première, c'est que le constructeur est bien propriétaire de la construction et même de l'emplacement qu'elle occupe sur le rivage, mais qu'il a là un droit de propriété d'une nature particulièrement fragile : *soli domini constituuntur*, dit Marcien, *qui ibi ædificant, sed quamdiu ædificium manet ; alioquin, ædificio dilapso, quasi jure postliminii revertitur locus in pristinam causam, et, si alius in eodem loco ædificaverit, ejus fiet* (6). La deuxième observation, c'est que, si toute personne a le droit de construire sur le rivage de la

(1) L. 4 § 1 *De divis. rer.*

(2) L. 1 § 3 *De flumin.* (43, 12). Le *flumen* est dit *perenne, cùm semper fluit* par opposition au torrent, *hyeme fluens* (même L. 1, § 2).

(3) Inst., § 2 *in fine De div. rer.*

(4) Gaius, L. 5 pr., D., *De div. rer.;* Inst., § 4 *De div. rer.*

(5) Gaius, L. 5 § 1, D., *De div. rer.;* Inst., § 5 *De div. rer.*

(6) L. 6 pr., D., *De divis. rer.*

mer, du moins aucune ne peut exercer ce droit sans un décret du Préteur : *quamvis quod in litore publico vel in mari exstruxerimus, nostrum fiat, tamen decretum Prætoris adhibendum est, ut id facere liceat* (1). L'intervention du magistrat romain est nécessaire pour empêcher qu'on ne puisse élever une construction au préjudice du public en général ou même de personnes qui auraient déjà formé des établissements sur le rivage; et c'est à ce point de vue qu'on peut dire que l'*usus litorum est publicus* et non pas *communis*.

III. *Res universitatis.* — On appelle ainsi les choses qui appartiennent à une agrégation de personnes, agrégation que la loi considère comme ayant elle-même une certaine personnalité : *Universitatis sunt, non singulorum,* disait Marcien, dans un passage que Justinien a reproduit, *veluti quæ in civitatibus sunt, theatra, stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatum* (2). Marcien ajoute que l'esclave qui appartient à une ville n'appartient point par indivis à chaque habitant de la ville (3); et il montre bien l'intérêt de la distinction. L'esclave qui appartient à plusieurs maitres ne peut pas être mis à la torture quand il s'agit pour lui de porter témoignage contre un de ses maitres ou en faveur d'un de ses maitres; au contraire, le *servus civitatis tàm contrà civem quàm pro eo torqueri potest*. De même, lorsque l'esclave appartenant par indivis à plusieurs maîtres a été affranchi, il a besoin d'une autorisation du magistrat pour pouvoir actionner l'un de ses anciens maîtres; au contraire, le *libertus civitatis non habet necesse veniam Edicti petere, si vocet in jus aliquem ex civibus.* — Indépendamment des villes, il existe encore d'autres personnes juridiques (*universitates juris*): ainsi, certains colléges de prêtres, des corporations de scribes (*decuriæ*), des associations d'artisans ou autres, *quibus permissum est corpus habere* (4).

Avec l'*universitas juris* dont il vient d'être question il faut avoir soin de ne pas confondre ce que les interprètes appellent *universi-*

(1) Pomponius, L. 50, D., *De adquir. rer. dom.* (41, 1).
(2) L. 6 § 1, D., *De div. rer.*; Inst., § 6 *De div. rer.*
(3) Remarque déjà faite, ci-dessus, p. 304.
(4) Voy., au Digeste, le Titre *Quod cujuscumque universitatis nomine vel contrà eam agatur* (3, 4).

tas rerum, un ensemble ou une collection de choses, comme par exemple un troupeau.

—Parmi les *res publicæ,*comme en général parmi les *res universitatis,* il importe de faire une distinction. Certaines choses appartiennent au peuple, ou à la personne juridique, quelle qu'elle soit, comme elles appartiendraient à un particulier : ainsi, quand l'État succède à un défunt, les choses comprises dans la succession ne vont pas changer de nature par cela seul que ce n'est plus un particulier qui désormais en est propriétaire. Pour désigner cette première espèce de *res publicæ*, on dit qu'elles sont *in patrimonio populi* (1). Certaines autres choses sont *in usu publico :* leur nature ou leur destination est telle que véritablement personne n'en est propriétaire, mais tout le monde peut s'en servir. Je citerai comme exemples un fleuve, une grande route, une place publique. — En général, les choses qui sont *in patrimonio populi* peuvent être aliénées. C'est ainsi que l'*ager publicus,* territoire conquis sur l'ennemi, est habituellement l'objet de concessions ou de ventes que l'Etat fait à des particuliers. Au contraire, les choses qui sont *in usu publico* résistent par leur nature même, et tant qu'elles la conservent, à toute idée d'aliénation. — Les biens de l'empereur, les *prædia Cæsaris*, ont un caractère, en quelque sorte, intermédiaire : ils sont certainement *in patrimonio,* mais on ne les aliène pas, *distrahi non solent* (2).

IV. *Res nullius.* — Cette expression est employée, chez les Romains, dans plusieurs acceptions distinctes. Tantôt elle désigne une chose qui, étant *in usu communi* ou *in usu publico,* ne peut appartenir à personne; tantôt une chose qui actuellement n'appartient à personne, mais qui néanmoins peut être l'objet d'un droit de propriété; tantôt enfin une chose *divini juris*, par opposition aux choses *humani juris.* Cette triple acception est indiquée par Gaius dans le passage suivant : *Quod divini juris est, id nullius in bonis est. Id verò quod humani juris est, plerumque in bonis alicujus est; potest autem et nullius in bonis esse : nàm res hereditariæ, antequàm*

(1) L'expression est employée par le jurisconsulte Neratius, dans la L. 14 pr., D., *De adquir. rer. dom.* (41, 1).

(2) Ulpien, L. 39 § 10, D., *De leg.* 1°.

aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. Hæ autem res, quæ humani juris sunt, aut publicæ sunt aut privatæ. Quæ publicæ sunt, nullius in bonis esse creduntur : ipsius enim universitatis esse creduntur (1). Justinien, dans la partie des Institutes que nous étudions, prend l'expression *res nullius* comme synonyme de *res divini juris*. Il dit, en effet : *Nullius sunt res sacræ, et religiosæ, et sanctæ : quod enim divini juris est, id nullius in bonis est* (2). C'est aussi de ces *res divini juris* que nous avons maintenant à parler.

Dans l'ancien droit, on appelle *sacræ* les choses qui ont été consacrées aux Dieux supérieurs, *religiosæ* celles qui ont été abandonnées aux Dieux mânes. Pour qu'une chose devienne *sacra*, il faut la volonté du peuple romain, il faut une loi ou un sénatus-consulte ; toute personne peut rendre son terrain religieux lorsque, chargée des funérailles d'un défunt, elle y enterre son corps. Dans les provinces, on admet généralement que le terrain ne peut pas devenir ainsi religieux : en effet, c'est le peuple romain ou l'empereur qui est propriétaire, les particuliers sont considérés comme ayant seulement la possession et l'usufruit. Toutefois, même en province, le terrain où l'on a déposé un mort est tenu pour religieux, comme tout ce qui a été consacré sans l'*auctoritas populi romani* n'en est pas moins tenu pour sacré (3).

Voilà pour l'ancien droit. Passons aux règles qui sont en vigueur dans le droit de Justinien.

Sont *res sacræ* les choses qui ont été consacrées à Dieu *ritè et per pontifices* : telles sont les églises, telles les offrandes destinées au service de Dieu. Un particulier ne peut pas, de sa propre autorité, faire une *res sacra*. — Justinien décide, d'après Papinien et d'autres jurisconsultes, que, lorsqu'un édifice sacré vient à s'écrouler, le terrain sur lequel il était construit reste sacré. Il décide également que les choses sacrées ne peuvent être ni aliénées ni hypothéquées, si ce n'est pour le rachat des captifs ; nous voyons déjà dans Gaius que de son temps ces objets étaient inaliénables (4).

(1) L. 1 pr., D., *De div. rer.*
(2) Inst., § 7 *De div. rer.*
(3) Gaius, Comment. I, §§ 4-7.
(4) Gaius, III, § 97; Inst., § 8 *De div. rer.*

Je puis, à ma volonté, rendre mon terrain religieux, en y déposant un mort. Mais que décider si je suis seulement co-propriétaire par indivis? Il y a ici une distinction à faire : *in communem locum purum, invito socio, mortuum inferre non licet; in commune verò sepulcrum, etiam invitis cœteris, licet inferre* (1). Du moment qu'il s'agit d'un *sepulcrum*, chacun des co-propriétaires, en raison de la destination même de la chose, n'a pas besoin de la permission des autres pour pouvoir y déposer un mort. C'est, du reste, une question qui paraît avoir été discutée entre les jurisconsultes romains que celle de savoir si le *sepulcrum* est *religiosum* dès l'instant où il a été construit, ou si au contraire il ne le devient qu'après qu'on y a effectivement déposé un mort : les empereurs Marc-Aurèle et Lucius Verus s'étaient prononcés en ce dernier sens (2). Lors même qu'il ne s'agit pas d'un sépulcre, le jurisconsulte Callistrate admet que chacun des co-propriétaires peut être enterré *in loco communi* sans la permission des autres, *maximè cùm alius non sit locus in quo sepeliretur* (3). — Supposons qu'un *locus purus* étant commun entre Primus et Secundus, Primus a outrepassé son droit en y déposant un mort sans la permission de Secundus : que pourra faire Secundus? Il est certain qu'il ne peut pas déterrer le mort pour le jeter à la voirie; il est certain que le terrain, s'il n'est pas devenu religieux, doit néanmoins en fait et provisoirement être traité comme tel. La question est de savoir si Secundus, qui peut poursuivre Primus comme ayant méconnu son droit, a encore les actions qui sont données relativement aux choses *humani juris* ou s'il ne doit pas recourir à une action *in factum* : Trébatius et Labéon lui accordaient seulement une action *in factum ;* mais, suivant Ulpien, *verius est familiœ erciscundœ vel communi dividundo conveniri socium posse* (4).

De même que le co-propriétaire ne peut pas rendre le terrain religieux sans le consentement de son co-propriétaire, de même le nu-propriétaire sans le consentement de l'usufruitier (5). Ceci doit

(1) Inst., § 9 *De div. rer.*
(2) L. 6 § 5 et L. 7, D., *De div. rer.;* L. 6 § 1 et L. 42, D., *De relig.* (11, 7).
(3) L. 41, D., *De relig.*
(4) L. 6 § 6, D., *Comm. divid.* (10, 3); L. 2 § 1 *in fine De relig.*
(5) Inst., même § 9 *De div. rer.*

être généralisé : comme le dit Ulpien, toutes les fois qu'un terrain est grevé d'un droit de servitude, *locum nemo religiosum facit, nisi consentiat is cui servitus debetur* (1).

Il est évident que je n'ai le droit de déposer un mort dans le terrain d'autrui que moyennant la permission du propriétaire. Si cette permission intervient après coup, le terrain ne devient véritablement religieux qu'au moment où le propriétaire ratifie ainsi ce que j'ai fait (2). Le propriétaire dont j'ai violé le droit peut, du reste, intenter contre moi une action *in factum*, pour me contraindre à enlever le mort ou à payer le prix du terrain (3).

Remarquons, en terminant, sur les choses religieuses, que la loi des douze Tables défendait d'enterrer ou de brûler les morts dans la ville de Rome, et que cette défense fut étendue à toutes les villes par l'empereur Adrien (4).

— Les murailles et les portes des villes sont *res sanctæ, quodammodo divini juris*. On dit qu'elles sont *sanctæ*, suivant Justinien, *quia pœna capitis constituta sit in eos qui aliquid in muros deliquerint*. C'est ainsi, ajoute Justinien, qu'on appelle *sanctio* cette partie des lois qui prononce des peines pour le cas où leurs dispositions seraient violées (5).

V. *Res singulorum*. — Ce sont les choses sur lesquelles les particuliers peuvent acquérir le droit de propriété. C'est de ces choses qu'on s'occupe surtout quand on étudie le droit privé.

Indépendamment de la division des choses à laquelle Justinien s'est arrêté au début du second livre de ses Institutes, nous en signalerons dès à présent plusieurs autres, qui ont également une grande importance en droit romain.

1° Les anciens jurisconsultes distinguent les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi*. Cette distinction est parfaitement indiquée par Ulpien : *Omnes res aut mancipi sunt, aut nec mancipi*.

(1) Voy. L. 2 §§ 7, 8 et 9, D., *De relig.*
(2) Inst., § 9 *in fine De div. rer.*
(3) Gaius, L. 7, D., *De relig.*
(4) Paul, *Sent.*, I, XXI, § 2; Ulpien, L. 3 § 5, D., *De sepulcro viol.* (47, 12).
(5) Inst., § 10 *De div. rer.* Comp. Marcien, L. 8, et Pomponius, L. 11, D., *De div. rer.*

Mancipi res sunt prædia in italico solo, tàm rustica, qualis est fundus, quàm urbana, qualis domus; item jura prædiorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquæductus; item servi, et quadrupedes quæ dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Cæteræ res nec mancipi sunt. Elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt (1). Ulpien nous donne bien l'énumération des choses *mancipi;* ni lui ni aucun autre jurisconsulte romain ne signale le caractère commun aux choses dont il s'agit, caractère assez important pour amener le législateur à faire de ces choses une classe à part. Ce qui me paraît le plus probable, c'est que ce caractère distinctif se trouve dans l'application très-ancienne à l'agriculture des différentes choses qu'on nous présente comme *res mancipi.* Ce qui est certain, c'est que les choses *mancipi* sont déjà distinguées dans la loi des douze Tables (2), et l'on peut conjecturer que la distinction se rattache aux réformes de Servius Tullius (3). Cette distinction, comme nous le verrons, offrait, sous plusieurs rapports, un intérêt pratique considérable. Elle a été supprimée par Justinien (4).

2° Dans l'ancien droit romain et encore dans le droit de Justinien, il importe de distinguer les meubles et les immeubles. Pour le moment je me borne à dire qu'on applique des règles différentes, suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles, en matière d'usucapion, en matière de biens dotaux, en matière d'interdits.

3° Les jurisconsultes romains avaient imaginé de reconnaître, à côté des choses véritables, ce qu'ils ont appelé des *choses incorporelles.* Cette distinction des choses corporelles et des choses incorporelles fait encore, aux Institutes de Justinien, l'objet d'un Titre particulier (5), que nous étudierons un peu plus loin.

Maintenant que nous avons une idée générale des choses, nous pouvons nous occuper des règles qui concernent les rapports des

(1) *Fragm. d'Ulpien,* XIX, § 1. Comp. Gaius, II, §§ 15-17.

(2) Gaius, II, § 47.

(3) Voy. M. Walter, *op. cit.,* t. II, § 564.

(4) *Cùm res dividi mancipi et nec mancipi sanè antiquum est, et meritò antiquari oportet*... L. un. *in fine,* C., *De usuc. transform.* (7, 31).

(5) Liv. II, Tit. 2.

personnes avec les choses, ou, en d'autres termes, les droits que les personnes peuvent avoir sur les choses.

Le principal de ces droits est le *droit de propriété*, qui permet à une personne de prendre pour elle, à l'exclusion de toutes autres personnes, l'utilité que peut procurer une chose. Au droit de propriété correspond un fait, le fait de la personne qui se conduit comme si elle était propriétaire, qui retire effectivement d'une chose toute l'utilité que le propriétaire a le droit d'en retirer. Habituellement, c'est le propriétaire même qui accomplit le fait dont il s'agit : le droit et le fait se trouvant ainsi réunis en la même personne, on dit que la chose est possédée par le propriétaire. Mais il arrive quelquefois qu'un non-propriétaire fait ce que le propriétaire seul a le droit de faire : on dit alors que la chose dont Titius est propriétaire se trouve possédée par Mævius.

Avant d'étudier en lui-même le droit de propriété, il est bon de présenter quelques notions sommaires sur le fait de possession.

DE LA POSSESSION.

Posséder une chose, dans le sens vulgaire et général du mot, c'est avoir cette chose à sa disposition ; et je crois bien que l'étymologie des mots *possidere* et *possessio* ne doit pas être cherchée ailleurs que dans le verbe *posse*. Toutefois, suivant le jurisconsulte Paul, *possessio appellata est* (*ut Labeo ait*) *a sedibus, quasi positio : quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit : quam Græci* κατοχὴν *dicunt* (1). Ce qui est très-curieux, c'est que le mot allemand correspondant *Besitz* vient sans aucun doute du verbe *sitzen*, s'asseoir.

Nous allons rechercher successivement : 1° s'il y a plusieurs degrés dans la possession ; 2° comment s'acquiert la possession ; 3° comment se perd la possession.

1° Souvent les textes opposent l'une à l'autre la *possessio civilis* et la *possessio naturalis*. Que faut-il entendre par ces expressions ? Sur ce point, M. de Savigny a exposé une théorie qui a été vivement attaquée, mais qui, à tout prendre, me paraît encore la plus

(1) L. 1 pr., D., *De adq. vel am. poss.* (41, 2). Je suis la leçon de la Florentine; d'après la Vulgate, il faudrait lire *a pedibus*.

plausible, et que je me borne à résumer ici. La possession proprement dite suppose autre chose que le fait d'avoir un objet matériellement à sa disposition : elle suppose un homme qui a l'*animus domini*, l'*animus rem sibi habendi*, c'est-à-dire la volonté de garder la chose pour lui-même, dans son propre intérêt, et non pas simplement comme instrument d'autrui. Par exemple, un dépositaire ne possède véritablement pas ; de même un locataire : la qualité même de ces personnes, le titre de dépositaire ou de locataire, indique qu'elles reconnaissent le droit d'un tiers, que c'est par la volonté de ce tiers, qui n'a rien abdiqué du droit de propriété qui peut lui appartenir, qu'elles ont actuellement la chose entre les mains. Plusieurs textes disent, en parlant de ces personnes : *Non possident, sunt tantùm in possessione*. Au contraire, un voleur possède, dans toute la force du terme, la chose qu'il a volée : car il a au suprême degré l'*animus domini*, l'*animus rem sibi habendi*. De même, le créancier qui se fait remettre en gage par son débiteur une chose appartenant à celui-ci : il n'est pas un instrument pour le propriétaire : n'ayant pas confiance en lui, il a voulu obtenir comme sûreté de sa créance le droit de disposer de la chose et de pouvoir s'en attribuer le prix, bon gré mal gré le propriétaire. De même encore celui à qui une chose a été remise à précaire : l'intention des parties, en faisant le *precarium*, est que le concessionnaire, le précariste, soit traité provisoirement comme propriétaire.

Quelle est la grande différence entre ceux qui sont seulement *in possessione* et ceux qui ont véritablement la possession ? C'est que le Préteur donne aux derniers des interdits *retinendæ vel recuperandæ possessionis causâ*, tandis qu'il les refuse aux premiers. Du reste, même les possesseurs dont nous venons de parler, à qui le Préteur donne les interdits comme un moyen de leur garantir cette possession qui leur appartient, même ceux-là n'ont pas encore la *possessio civilis* : la *possessio civilis* suppose quelque chose de plus. C'est une possession qui, prolongée pendant un certain temps, se transformera en propriété reconnue par le droit civil, et cela exige, outre l'*animus domini*, certaines conditions particulières (notamment la *justa causa*), que nous étudierons plus tard.

Voici donc les trois degrés que nous offre le fait de possession, suivant l'importance plus ou moins grande que le droit y attache :

esse in possessione, *possidere*, *civiliter possidere*. Qu'est-ce alors que la *possessio naturalis?* Ce mot est employé, par opposition à la *possessio civilis*, non-seulement pour désigner la possession proprement dite, garantie par les interdits, mais même pour désigner la position de celui *qui est tantùm in possessione* (1). Du reste, ces trois degrés de possession sont indiqués, au Digeste, lorsqu'on nous dit : « L'action *ad exhibendum* est donnée contre le possesseur, non-seulement contre celui qui possède civilement, mais même contre celui qui possède naturellement. Par conséquent, le créancier gagiste en est tenu. De même le dépositaire, l'emprunteur et le locataire » (2).

2° Comment s'acquiert la possession, la possession proprement dite ou *ad interdicta?* Si l'on a bien compris ce que c'est que la possession, on ne peut hésiter à dire que deux éléments sont nécessaires pour qu'elle soit acquise, un élément matériel et un élément intentionnel. Nous voyons, en effet, dans les textes que la possession s'acquiert *corpore et animo*. Cela, dit très-bien Paul, ne signifie pas que celui qui veut prendre possession d'un fonds doive *omnes glebas circumambulare; sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire, dùm mente et cogitatione hâc sit uti totum fundum usque ad terminum velit possidere* (3).

Un pupille peut-il acquérir la possession? Pas de difficulté lorsqu'il s'agit d'un pupille sorti de l'*infantia* : il n'a même pas besoin de l'*auctoritas tutoris*. En effet, d'une part, il est capable d'avoir l'*animus* qui est ici nécessaire; et, d'autre part, acquérir la possession, c'est rendre sa condition meilleure. — Mais que décider relativement à l'*infans?* L'application rigoureuse des principes conduisait à dire que pour lui l'acquisition de la possession est impossible. En effet, un *infans* ne peut pas avoir suffisamment l'*animus*, la volonté de posséder; et l'*auctoritas tutoris*, en général, ne s'applique pas

(1) Au contraire, suivant M. de Vangerow (*Lehrbuch*, t. I, § 199), il y a *possessio civilis* toutes les fois que l'*animus domini* est joint au fait de la détention, et *possessio naturalis* toutes les fois qu'il n'y a pas *animus domini* ou du moins qu'on ne doit pas en tenir compte.

(2) Ulpien, L. 3 § 15, et Pomponius, L. 4 *Ad exhib.* (10, 4). Voy. aussi Ulpien, L. 9 *De rei vindic.* (6, 1).

(3) L. 3 § 1, D., *De adq. vel am. poss.* Voy. aussi Celsus, L. 18 § 2 *eod. Tit.*

aux *infantes* (1). Il a donc fallu déroger aux principes, en tenant compte de l'intérêt majeur qu'il peut y avoir souvent à ce qu'un *infans* acquière de suite la possession. *Infans possidere rectè potest*, dit Paul, *si tutore auctore cœpit : nàm judicium infantis suppletur auctoritate tutoris. Utilitatis enim causâ hoc receptum est : nàm alioquin nullus sensus sit infantis accipiendi possessionem* (2). On est même allé plus loin : on a fini par supprimer la nécessité de l'*auctoritas tutoris*. Voici, en effet, ce que porte une Constitution de l'empereur Decius, de l'an 251 : *Donatarum rerum a quâcumque personâ infanti vacua possessio tradita, corpore quœritur. Quamvis enim sint auctorum sententiœ dissentientes, tamen consultius videtur interim possessionem per traditionem esse quœsitam : alioquin (sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri* (3). Ainsi les jurisconsultes avaient dérogé aux principes en admettant que le tuteur pourrait autoriser l'*infans;* l'empereur y déroge plus manifestement encore en admettant que la possession va se trouver acquise *corpore tantùm*.

3° Pour retenir la possession, tout comme pour l'acquérir, il faut l'*animus* et le *corpus*. En d'autres termes, la possession est perdue soit *animo*, quand la personne ne veut plus posséder, soit *corpore*, quand elle n'a plus la chose à sa disposition. Cette règle est exprimée par le jurisconsulte Paul de la manière la plus positive (4). Voici pourtant un texte du même jurisconsulte qui paraît dire le contraire : *Quemadmodùm nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ità nulla amittitur nisi in quâ utrumque in contrarium actum est* (5). Cela semble bien signifier que les deux éléments dont il a fallu le concours pour que la possession fût acquise doivent avoir disparu l'un et l'autre pour que la possession soit perdue. Cependant la phrase de Paul peut s'expliquer autrement. En effet, il n'est pas sans exemple que le mot *utrumque* soit pris comme synonyme de

(1) Voy., ci-dessus, p. 380.

(2) L. 32 § 2, D., *De adq. vel am. poss.* Comp., du même Paul, L. 1 § 3 *eod. Tit.* — Le jurisconsulte ajoute, du reste (L. 32 § 2 *in fine*), et ceci n'est qu'une application des principes généraux : *Infans, peculiari nomine, per servum possidere potest.*

(3) L. 3, C., *De adquir. et retin. poss.* (7, 32).

(4) L. 3 §§ 6 et 13, D., *De adq. vel am. poss.*

(5) L. 8 *eod. Tit.*

alterutrum; et nous avons précisément un texte de Paul où sans aucun doute il a été pris dans ce sens (1). Alors notre L. 8 pourrait être traduite ainsi : « De même qu'aucune possession ne peut être acquise sans l'*animus* et le *corpus*, de même aucune possession ne peut être perdue que par la cessation d'un de ces deux éléments. »

Si on ne veut pas l'entendre ainsi, il ne reste qu'une ressource : c'est de dire que Paul, dans cette L. 8, a eu en vue seulement la possession des immeubles. En effet, les jurisconsultes romains sont arrivés à décider que, pour les immeubles, la possession se retient *animo tantùm,* ou, en d'autres termes, qu'il faut, pour qu'elle se perde, la disparition des deux éléments et non la disparition d'un seul. Je me bornerai à citer en ce sens un texte de Pomponius et un texte de Papinien (2). C'est d'abord pour les *saltus æstivi hibernique* qu'a été admise la règle que la possession se conserve *animo tantùm* (3); elle a fini par être étendue à tous les immeubles.

Nous allons maintenant nous occuper des différents droits qu'on peut avoir sur les choses (*droits réels*), et d'abord du *droit de propriété*, qui est le plus étendu de tous.

DES MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

Les modes d'acquisition de la propriété peuvent se classer diversement, suivant le point de vue auquel on se place :

A un premier point de vue, on distingue les modes d'acquisition à titre singulier et les modes d'acquisition *per universitatem* (4). Cette distinction a un grand intérêt pratique. En effet, la personne qui acquiert à titre singulier (par exemple à titre de legs) ne doit point supporter les dettes de son auteur, tandis que la personne qui acquiert *per universitatem* (par exemple *jure hereditatis*) devient propriétaire d'une masse de biens, à charge de contribuer aux dettes du précédent propriétaire.

(1) L. 10 § 13, D., *De gradibus* (38, 10).
(2) L. 25 § 2 et L. 46, D., *De adquir. vel am. poss.*
(3) Ulpien, L. 1 § 25 *De vi* (43, 16); *Sent. de Paul*, V, II, § 1
(4) Inst., § 6 *Per quas pers. nob. adquir.* (II, 9).

A un second point de vue, on distingue les modes d'acquisition *inter vivos* et les modes d'acquisition *mortis causâ*. Celui qui acquiert une chose par usucapion l'acquiert entre-vifs; celui qui acquiert par legs acquiert à cause de mort.

A un troisième point de vue, on distingue le mode *originaire* et les modes *dérivés*. Je puis devenir propriétaire d'une chose qui avant de m'appartenir n'appartenait à personne : c'est le mode originaire. Bien plus souvent je succède à une autre personne dans la propriété d'une chose : la propriété m'est transmise par le précédent propriétaire : en même temps que j'*acquiers*, une autre personne *aliène*. On dit, dans ce dernier cas, que j'acquiers par un mode dérivé.

Enfin on distingue les modes d'acquérir du droit naturel ou du droit des gens et les modes d'acquérir du droit civil. C'est à cette distinction que Justinien, dans les Institutes, s'est principalement attaché (1). Elle était déjà faite par Gaius (2); et même il faut reconnaître que, du temps de Gaius, elle avait infiniment plus d'intérêt que du temps de Justinien. En effet, les modes du droit naturel ou du droit des gens sont accessibles aux pérégrins comme aux citoyens romains, tandis que les modes du droit civil ne peuvent être employés que par les citoyens romains; or, à l'époque de Gaius, il y avait encore dans l'Empire un grand nombre de pérégrins, et, au contraire, à l'époque de Justinien, tous les sujets de l'Empire sont citoyens romains. Les relations avec les Barbares n'étant pas fréquentes, il est certain que, dans le droit de Justinien, la distinction dont il s'agit ne peut avoir à peu près aucune importance pratique.

Justinien s'occupe d'abord des manières d'acquérir du droit naturel : *Commodius est*, dit-il, *a vetustiore jure incipere; palàm est autem vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit : civilia enim jura tunc esse cœperunt cùm et civitates condi et magistratus creari et leges scribi cœperunt* (3). Je ne veux

(1) § 11 *De div. rer.*
(2) Comment. II, §§ 65 et 66.
(3) Même § 11 *De div. rer.*

pas revenir ici sur l'idée que Justinien se fait du droit naturel, idée dont j'ai déjà cherché à montrer l'inanité (1). Mais je m'écarterai un peu de la marche qu'il indique, parce qu'il me paraît indispensable de donner dès à présent un aperçu des manières d'acquérir du droit civil.

Ulpien (*Fragm.*, XIX, § 2) énumère six modes d'acquisition : ce sont les modes à titre singulier et dérivés. En laissant de côté la tradition, qui est du droit des gens, nous trouvons énumérées, comme modes du droit civil : la *mancipatio*, l'usucapion, l'*in jure cessio*, l'adjudication, la loi. Reprenons successivement ces cinq modes :

1° La *mancipatio* est une vente fictive, *imaginaria venditio*. Elle se fait en présence de cinq témoins et d'un *libripens* (porte-balance), citoyens romains et pubères. Les cinq témoins représentent sans doute les cinq classes de Servius Tullius. Celui qui joue le rôle d'acheteur dit, en tenant la chose, par exemple l'esclave : *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc ære æneâque librâ;* puis il frappe la balance avec une pièce de cuivre, qu'il donne *quasi pretii loco*. La *mancipatio* s'applique, nous le savons déjà, aux fils de famille et aux femmes *in manu*; elle s'applique également à toutes les choses *mancipi* (2), soit meubles, soit immeubles. Quand il s'agit d'un meuble, il doit être présent, celui qui veut l'acquérir doit le prendre : *undè etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur;* au contraire, quant aux immeubles, *absentia solent mancipari*. — Que signifient la balance et la pièce de cuivre? Il résulte de la loi des douze Tables, dit Gaius, que les anciens ne connaissaient point les pièces d'or ou d'argent : *æreis tantùm nummis utebantur... eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere*. La balance et la

(1) Voy., ci-dessus, p. 15 et suiv.

(2) Appliquée à une *res nec mancipi*, par elle-même elle ne pourrait pas en transférer la propriété : la propriété de ces choses se transfère par la tradition (Cicéron, *Topiques*, 10; *Fragm. d'Ulpien*, XIX, § 7). Seulement, on pourrait accompagner la tradition des formes de la *mancipatio*, et c'est ce qu'on faisait sans doute pour les *res nec mancipi* qui avaient une grande valeur : ainsi s'explique ce que dit Pline relativement aux *uniones* ou grosses perles (*Hist. natur.*, IX, 58 et 60).

pièce de cuivre figurent donc ce qui se passait autrefois quand il s'agissait de payer une somme (1).

La *mancipatio* est une espèce de *nexum*. En effet, voici ce que nous lisons dans Festus : « NEXUM *est, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per æs et libram geritur.* » Cette forme du *nexum* était employée, non-seulement pour transférer la propriété de certaines choses, mais encore pour faire naître et pour éteindre des obligations (2). La loi des douze Tables avait une disposition ainsi conçue : *Cùm nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ità jus esto* (3).

2° L'*in jure cessio* est un procès fictif. Titius voulant me transférer la propriété de sa chose, nous nous rendons devant un magistrat du peuple romain, tel que le Préteur ou le Président de la province. Je mets la main sur la chose, et je dis : *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio.* Le magistrat demande alors à Titius si de son côté il revendique la chose : *quo negante aut tacente*, le magistrat la déclare mienne, *mihi eam addicit.* — Gaius remarque qu'on emploie de préférence la voie de la *mancipatio*, qui est effectivement plus commode, puisqu'elle n'exige pas que les parties se transportent devant un magistrat. Du reste, à la différence de la *mancipatio*, l'*in jure cessio* est applicable aux *res nec mancipi* tout comme aux *res mancipi* (4). — Nous savons que l'*in jure cessio* était reconnue par la loi des douze Tables : *Et mancipationem et in jure cessionem*, dit Paul, *lex* XII *Tabularum confirmat* (5). — C'est un *actus legitimus*, dont la forme a été empruntée à l'ancienne procédure des actions de la loi (6).

L'*in jure cessio* est une espèce d'*addictio*. Il y a, en effet, *addictio* toutes les fois que la propriété d'une chose (ou quelque autre droit réel) est attribuée à une personne par le magistrat. Outre l'*in jure cessio*, nous connaissons encore deux cas d'*addictio*, savoir : l'*emptio*

(1) Voy., pour ce qu vient d'être dit sur la *mancipatio*, Gaius, Comment. I, §§ 119-122; *Fragm. d'Ulpien*, XIX, §§ 3-6.

(2) Voy. Gaius, III, §§ 173 et 174.

(3) Festus, v° *Nuncupata;* Cicéron, *De orat.*, I, n° 57 *in fine*, et *De offic.*, III, n° 16.

(4) Gaius, II, §§ 24 et 25; *Fragm. d'Ulpien*, XIX, §§ 9 et 10.

(5) *Fragm. du Vatican*, § 50 *in fine*.

(6) Gaius, II, § 24 *in fine*.

sub coronâ et la *bonorum sectio*. Anciennement les prisonniers faits à la guerre étaient vendus aux enchères par le magistrat, et, comme ils avaient une couronne sur la tête, *dicebantur sub coronâ venire* (1). Quant à la *bonorum sectio*, c'est la vente, également faite aux enchères et par un magistrat, de biens échus au peuple. Cette vente est quelquefois appelée *auctio* ou *subhastatio : Hastæ subjiciebantur*, dit Festus, *eu quæ publicè venumdabant*, *quia signum præcipuum est hasta*.

3° L'*adjudicatio* est l'attribution de propriété faite, non plus par le magistrat, mais par le *judex*, c'est-à-dire par le simple citoyen préposé au jugement d'un procès. Le *judex* n'avait le pouvoir de faire cette attribution de propriété que dans trois cas spéciaux, quand il avait à statuer sur une action en partage (action *familiæ erciscundæ* ou *communi dividundo*) ou sur l'action *finium regundorum*. La propriété est transférée ici, comme par l'*in jure cessio*, aussi bien quand il s'agit de choses *nec mancipi* que quand il s'agit de choses *mancipi* (2). — Comme les deux modes précédents, l'*adjudicatio* est consacrée dans la loi des douze Tables (3). — C'est au Titre *De officio judicis* (IV, 17) que les rédacteurs des Institutes ont particulièrement traité de l'*adjudicatio*. Nous aurons bientôt occasion d'y revenir, en parlant de l'usufruit.

4° L'usucapion est l'acquisition de la propriété par une possession prolongée. Elle s'applique, soit aux *res mancipi*, soit aux *res nec mancipi* (4). Les rédacteurs des Institutes y ont consacré un Titre spécial (Liv. II, Tit. 6), que nous expliquerons bientôt en détail.

5° Enfin la propriété s'acquiert *lege*, par le seul effet de la loi, dans différents cas qui se lient à la matière des testaments. Par exemple, un testateur institue deux héritiers, Primus et Secundus, Primus qui est *cælebs*, Secundus qui est *pater* : en vertu des lois Julia et Papia Poppæa, la part de Primus est caduque, elle peut être revendiquée par Secundus, qui recueille ainsi toute l'hérédité (5).

(1) Aulu-Gelle, *Nuits att.*, VII, 4; Festus, v° *Sub coronâ*.
(2) *Fragm. d'Ulpien*, XIX, § 16.
(3) Voy. Gaius, L. 1 pr., D., *Famil. ercisc.* (10, 2).
(4) *Fragm. d'Ulpien*, XIX, § 8.
(5) *Fragm. d'Ulpien*, XIX, § 17.

Nous pouvons maintenant étudier, avec les Institutes, les manières d'acquérir du droit naturel. Indépendamment de l'occupation et de la tradition, nous aurons à parler de certains événements que les interprètes du droit romain comprennent généralement sous le nom d'*accession*.

I. DE L'OCCUPATION.

Nous acquérons par droit d'occupation les choses qui actuellement n'appartiennent à personne, soit celles qui n'ont jamais eu de propriétaire, soit celles qui ont été abandonnées par leur propriétaire. Il est de principe, en effet, que, lorsque je m'empare d'une chose avec l'intention d'en devenir propriétaire, si cette chose n'appartient à personne, j'en deviens immédiatement propriétaire (1).

Cela s'applique d'abord aux animaux pris à la chasse ou à la pêche : le chasseur ou le pêcheur en devient propriétaire dès qu'ils sont en son pouvoir. Il n'y a même pas à distinguer s'il les a pris chez lui ou chez autrui. Sans doute le chasseur qui pénètre dans mon fonds sans ma permission viole le droit et peut être tenu envers moi d'une action ; mais il n'en est pas moins propriétaire de l'animal sauvage qu'il a pris dans mon fonds. C'est certainement à tort que Cujas a soutenu le contraire : jamais les jurisconsultes romains n'ont imaginé de dire que je me trouve propriétaire de tout le gibier tué sur mon fonds par des chasseurs qui y sont entrés sans ma permission. — Le chasseur devient ainsi propriétaire en même temps que possesseur, dès que l'animal est en son pouvoir. Et chose remarquable ! de même que l'acquisition de la propriété se lie à la prise de possession, de même le droit de propriété cesse avec le fait de possession, en supposant du moins que la perte de la possession tient à ce que l'animal a recouvré sa liberté naturelle. Ainsi, j'ai pris à la chasse un animal vivant : si un tiers l'emmène sans ma permission et le garde, bien que je ne le possède plus, j'en reste propriétaire ; mais si le tiers lui rend

(1) Comp. Gaius, II, §§ 67-69.

sa liberté. [illegible] (1).

[illegible] peut être que le chasseur devient propriétaire. Est-il propriétaire, même avant d'avoir saisi l'animal [illegible] affirmativement [illegible] chasseur [illegible] l'animal ainsi blessé [illegible] propriétaire. Mais [illegible] pour devenir propriétaire il faut que le chasseur [illegible] l'animal [illegible] opinion a été consacrée par Justinien [illegible] question [illegible] l'animal blessé par [illegible] poursuivi par lui est pris par [illegible] d'après la doctrine de Trebatius, l'animal appartient à [illegible] et par conséquent [illegible] en le prenant, tandis que, d'après la doctrine qui a prévalu, l'animal n'avait pas cessé d'être res nullius, et par conséquent [illegible] en le prenant en devient propriétaire par occupation (2).

Les abeilles en liberté sont considérées comme des animaux sauvages. En conséquence, lorsqu'un essaim s'est fixé sur un arbre, la première personne qui s'en empare pour le renfermer dans une ruche en devient propriétaire, sans qu'il y ait à distinguer suivant que l'arbre se trouvait dans le fonds de cette personne ou dans le fonds d'un tiers (3).

Évidemment cette manière d'acquérir que nous appelons occupation s'applique aux animaux sauvages, non aux animaux domestiques ou apprivoisés. Les exemples donnés sur ce point, aux Institutes (§§ 15 et 16 *De div. rer.*), n'ont pas besoin d'explication.

L'occupation s'applique encore à ce qui est pris sur l'ennemi; même les hommes libres faits prisonniers à la guerre deviennent

(1) Inst., § 12 *De div. rer.*; Proculus, L. 55, D., *De adq. rer. dom.* (41, 1).
(2) Inst., § 13 *De div. rer.*; Gaius, L. 5 § 1, D., *De adq. rer. dom.*
(3) Inst., § 14 *De div. rer.*

la propriété du vainqueur. Du reste, les Romains admettent le *jus postliminii* à leur préjudice comme ils l'admettent à leur avantage. Si donc l'individu de qui je me suis emparé à la guerre parvient à s'échapper et retourne *apud hostes*, mon droit de propriété s'évanouit (1). — Il faut bien remarquer qu'en cas de guerre cette occupation au profit de l'individu n'est pas admise sans distinction. D'abord elle ne s'applique qu'aux meubles : les terres conquises sur l'ennemi appartiennent à l'État. Même le butin mobilier, fait par l'armée entière ou par un corps d'armée, appartient à l'État. L'occupation n'est donc admise qu'au profit de celui qui, individuellement, s'est emparé d'une personne ennemie ou d'objets mobiliers appartenant à l'ennemi.

Enfin les pierres et les perles que l'on trouve au bord de la mer appartiennent au premier occupant (2); et il faut même en dire autant d'une île qui se formerait dans la mer, *quod rarò accidit*, suivant la remarque de Gaius et de Justinien (3).

— Lorsque le propriétaire abandonne sa chose, renonce à son droit de propriété, la chose devient *res nullius* : donc l'occupation peut désormais s'y appliquer. Nous reviendrons sur ce point (4), après avoir parlé de la tradition.

II. ÉVÉNEMENTS DIVERS COMPRIS SOUS LE NOM D'ACCESSION.

Le jurisconsulte Florentinus, et Justinien après lui, constatent que les petits qui naissent de l'animal dont je suis propriétaire m'appartiennent également (5). Il faut remarquer avant tout qu'il n'y a pas à rechercher qui est propriétaire du mâle : c'est toujours au propriétaire de la mère qu'appartiennent les petits. — Suivant quelques interprètes, il y a là une acquisition qui s'opère *jure accessionis*, le petit étant un accessoire de la mère. Mais il est bizarre de parler d'*accession* là où une propriété distincte commence

(1) Inst., § 17 *De div. rer.*.
(2) Inst., § 18 *De div. rer.*
(3) Gaius, L. 7 § 3, D., *De adq. rer. dom.*; Inst., § 22 (au commencement) *De div. rer.*
(4) Inst., § 47 *De div. rer.*
(5) Florentinus, L. 6, D., *De adq. rer. dom.*; Inst., § 19 *De div. rer.*

d'exister seulement par la *séparation*. Tant que le petit était encore dans le ventre de sa mère, il ne faisait qu'un avec elle, *pars viscerum erat :* il n'y avait alors qu'un droit de propriété et non pas deux, un homme était propriétaire de la mère dans son état actuel. C'est au moment où le petit se détache de sa mère qu'il devient l'objet d'une propriété distincte. Nous disons simplement qu'un des attributs du droit de propriété est que le propriétaire d'une chose gagne tous les produits de cette chose. Le propriétaire d'une brebis gagne les agneaux, comme le propriétaire d'un fonds gagne la moisson et la vendange. — La décision donnée pour les petits d'un animal est également vraie pour les enfants d'une esclave : le maître de la mère a droit aux jeunes esclaves. Cette décision est même plus constamment vraie quand il s'agit, non d'un animal, mais d'une esclave. En effet, lorsqu'une brebis est grevée d'un droit d'usufruit ou qu'elle est possédée par un tiers de bonne foi, les agneaux qu'elle met au monde n'appartiennent pas au propriétaire, ils appartiennent à l'usufruitier ou au possesseur de bonne foi, tandis que, comme nous le verrons bientôt, l'enfant dont une esclave accouche appartient toujours au *dominus matris*, lors même qu'un tiers en aurait l'usufruit ou la possession de bonne foi.

— Des règles particulières s'appliquent au droit de propriété qui existe sur l'immeuble riverain d'un cours d'eau. En étudiant ces règles, cherchons s'il ne se produit pas quelquefois en cette matière une acquisition *jure accessionis*.

Gaius, après avoir dit que les objets pris sur l'ennemi deviennent nôtres *naturali ratione*, ajoute : *Sed et id quod per alluvionem nobis adjicitur, eodem jure nostrum fit. Per alluvionem autem ità videtur adjici quod ità paulatim flumen agro nostro adjicit ut æstimare non possimus quantum quoquo momento temporis adjiciatur. Hoc èst quod vulgò dicitur, per alluvionem id adjici videri quod ità paulatim adjicitur ut oculos nostros fallat* (1).

(1) Comment. II, § 70. Gaius exprimait la même idée, en termes équivalents, au Livre II *Rerum quotidianarum sive Aureorum;* c'est à ce dernier ouvrage que les compilateurs du Digeste ont emprunté la L. 7 § 1 *De adq. rer. dom.* Voy. aussi Inst., § 20 *De div. rer.*

Le propriétaire de tout fonds riverain profite-t-il ainsi de l'alluvion? Il faut distinguer, à cet égard, les *agri limitati* et les *agri occupatorii* ou *arcifinales*. L'*ager limitatus* est une certaine étendue de terrain qu'un particulier a reçue de l'État, soit comme concessionnaire, soit comme acheteur : nous voyons, en effet, que les *agri limitati* se subdivisent en *agri assignati* et *agri quæstorii*. Jamais le propriétaire d'un *ager limitatus* ne peut étendre son droit au-delà de la mesure qui lui a été primitivement fixée lors de l'*assignatio* ou de la vente faite par l'État. Quant aux *agri occupatorii*, un des *rei agrariæ scriptores*, Siculus Flaccus, s'exprime ainsi : OCCUPATORII *dicuntur agri quos quidam* ARCIFINALES *vocant. Quibus agris victor populus occupando nomen dedit : bellis enim gestis victores populi terras omnes, ex quibus victos ejecerunt, publicavere, atque universaliter territorium dixerunt intra quos fines jus dicendi esset; deindè, ut quisque virtute colendi quid occupavit, arcendo vicinum, arcifinalem dixit... : non ex mensuris actis unusquisque modum accepit, sed quod aut excoluit aut in spem colendi occupavit.* Isidore de Séville (*Origines*, XV, 13) donne une autre étymologie de l'expression *arcifinalis* ou *arcifinius ager*, mais toujours en opposant les fonds dont il s'agit aux *agri assignati* ou *quæstorii* : suivant lui, ARCIFINIUS *ager dictus est quia certis linearum mensuris non continetur, sed arcentur fines ejus objectu fluminum, montium, arborum : undè et in iis agris nihil subcesivorum intervenit.* Qu'est-ce que ce *subcesivum* dont parle Isidore de Séville? C'est la portion de territoire qui, n'étant pas comprise dans l'*assignatio* ou dans la vente faite par l'État, continue de lui appartenir.

Nous pouvons maintenant comprendre un texte important de Florentinus, qui est ainsi conçu : *In agris limitatis, jus alluvionis locum non habere constat : idque et Divus Pius constituit. Et Trebatius ait agrum qui, hostibus devictis, eâ conditione concessus sit ut in civitatem veniret, habere alluvionem neque esse limitatum; agrum autem manucaptum limitatum fuisse, ut sciretur quid cuique datum esset, quid venisset, quid in publico relictum esset* (1). Voici comment je traduis ce texte : « Dans les *agri limitati*, il est constant que le droit d'al-« luvion ne s'applique pas; il y a même en ce sens une Constitu-

(1) L. 16, D., *De adq. rer. dom.*

« tion d'Antonin-le-Pieux. Suivant Trebatius, le fonds qui, après « la défaite des ennemis, leur a été laissé pour leur appartenir en « bloc, ce fonds admet le droit d'alluvion et n'est point un *ager li-* « *mitatus*. C'est le territoire dont nous nous sommes emparés qui « est *limitatus*, de manière qu'on voie ce qui a été concédé à cha- « cun, ce qui a été vendu, ce que l'État s'est réservé. » Dans cette dernière phrase, Florentinus fait allusion à l'*ager assignatus*, à l'*ager quœstorius* et enfin au *subcesivum*. — Du reste, il paraît bien que, dans le droit de Justinien, le *jus alluvionis* est admis partout sans distinction, et qu'ainsi c'est par erreur qu'on a inséré dans le Digeste le texte de Florentinus qui suppose encore l'existence d'*agri limitati*.

— Il faut bien se garder de confondre avec le cas d'alluvion le cas où la violence du courant *partem aliquam ex tuo prædio detraxerit et vicini prædio attulerit* : dans ce cas, il est certain, comme le dit Justinien, que vous restez propriétaire de la portion ainsi détachée de votre fonds. Seulement, ajoute-t-il, si cette portion est demeurée longtemps adhérente au fonds du voisin, si les arbres entraînés avec elle ont poussé leurs racines dans le fonds, alors les arbres doivent être considérés comme n'étant qu'une dépendance de ce fonds voisin (1). Il est, en effet, de principe chez les Romains que l'arbre appartient toujours au propriétaire du fonds dans lequel se trouvent ses racines, dans lequel il se nourrit (2). — Le texte des Institutes (§ 21) n'indique donc en aucune façon qu'au bout d'un temps quelconque la portion détachée de votre fonds cessera de vous appartenir pour suivre le sort du fonds auquel elle s'est attachée, pour devenir la propriété du voisin. Cependant on a prétendu que ce résultat doit se produire, et on en a trouvé la preuve dans le texte suivant : *Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo prædio detraxerit et meo prædio attulerit, palàm est eam tuam permanere. Planè, si longiore tempore fundo meo hæserit, arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse* (3). Mais cela n'est nullement déci-

(1) Inst., § 21 *De div. rer.*
(2) Inst., § 31 *eod Tit.*
(3) L. 7 § 2, D., *De adq. rer. dom.*

sif. Quant au texte même qui vient d'être cité, si la Florentine donne effectivement le singulier *videtur meo fundo adquisita esse*, ce qui ne peut se rapporter qu'à la *pars prædii*, au contraire la Vulgate, d'accord avec les Institutes, donne le pluriel *videntur meo fundo adquisitæ esse*, ce qui se rapporte seulement aux *arbores*. Théophile, dans sa *Paraphrase*, dit positivement que j'acquiers, non pas la *pars fundi tui*, mais les arbres qui *è meâ terrâ ali cœperunt*. Enfin Gaius pose cette règle absolue : *Quod si flumen partem aliquam ex tuo prædio detraxerit et ad meum prædium attulerit, hæc pars tua manet* (1).

— Il n'arrive pas souvent qu'une île se forme dans la mer; au contraire, il n'est pas très-rare de voir une île se former dans un fleuve ou dans une rivière. A qui appartient l'île qui se forme ainsi dans un *flumen*? Elle appartient toujours aux riverains, — quelquefois à tous les deux et quelquefois à un seul d'entre eux, suivant la position qu'elle occupe par rapport à une ligne supposée tirée au milieu du *flumen*. Mais d'abord comment obtenir cette ligne ? Pour cela, il suffit d'abaisser d'une rive sur l'autre une série de lignes droites parallèles, et de faire passer par le milieu de chacune de ces lignes droites une ligne qui, suivant les sinuosités des deux rives, se trouvera toujours au milieu du *flumen*. Si l'île se trouve tout entière à droite de cette ligne, l'île appartiendra tout entière au riverain de droite ; si elle se trouve tout entière à gauche, l'île appartiendra en entier au riverain de gauche; si enfin elle est coupée en deux par la ligne tirée au milieu du *flumen*, la partie située à droite sera pour le riverain de droite, la partie située à gauche sera pour le riverain de gauche. — J'ai supposé qu'en face de l'île, de chaque côté du *flumen*, il y a un seul propriétaire. S'il

(1) Comment. II, § 71. Cette décision a d'autant plus d'importance que la L. 7, D., *De adq. rer. dom.* a été empruntée à Gaius.

Les rédacteurs du Code Napoléon se sont donc écartés de la doctrine romaine, et, je crois, sans raison, lorsqu'ils ont dit : « Si un fleuve ou une rivière, navi« gable ou non, enlève par une force subite une partie considérable et recon« naissable d'un champ riverain, et la porte vers un champ inférieur ou sur la « rive opposée, le propriétaire de la partie enlevée peut réclamer sa propriété; « mais il est tenu de former sa demande dans l'année. Après ce délai, il n'y « sera plus recevable, à moins que le propriétaire du champ auquel la partie « enlevée a été unie n'eût pas encore pris possession de celle-ci » (art. 559).

y en a deux, alors du point qui sépare leurs fonds, nous abaisserons sur l'île une ligne droite, et nous ne donnerons jamais à chacun dans cette île que ce qui est en face de lui.

Voilà, au fond, ce qui était déjà décidé par Gaius, et ce qui est encore décidé par Justinien (1). On pourrait croire que Labéon professait une opinion contraire, qu'il attribuait à l'État la propriété de l'île : *Si id quod in publico innatum aut ædificatum est, publicum est, insula quoque, quæ in flumine publico nata est, publica esse debet* (2). Mais probablement Labéon voulait réfuter comme trop absolue cette proposition : *Omne quod in publico innatum aut ædificatum est, publicum est :* « Si cette proposition était exacte, disait-il, il s'ensuivrait que l'île qui se forme *in flumine publico* est elle-même *publica ;* or il n'en est rien. » Ce qui montre que telle doit avoir été la pensée de Labéon, c'est qu'un peu plus haut (même L. 65, § 2) il disait : *Si qua insula in flumine publico, proxima tuo fundo nata est, ea tua est.*

Gaius et Justinien disent que l'île qui se forme au milieu du *flumen* est *communis eorum qui ab utrâque parte fluminis propè ripam prædia possident.* On admet universellement que le mot *communis* n'est pas pris ici dans son acception ordinaire et qu'il ne s'agit point d'une co-propriété par indivis entre les deux riverains. Le mot *communis* a été employé pour exprimer que l'île *in medio flumine nata* n'appartient pas à un seul des deux riverains ; mais chacun a la propriété privative de la partie divise qui regarde son fonds. — Supposons qu'une île se forme d'un seul côté du *flumen*, par exemple à droite de la ligne tirée au milieu de ce *flumen*, et que sur la rive droite, en face de l'île, se trouvent deux fonds appartenant à deux propriétaires distincts : le jurisconsulte Paul dit expressément que l'île n'appartiendra point par indivis à ces deux propriétaires. *Inter eos qui secundùm unam ripam prædia habent, insula in flumine nata, non pro indiviso communis fit, sed regionibus quoque divisis : quantum enim ante cujusque eorum ripam est, tan-*

(1) Gaius, Comment. II, § 72; Inst., § 22 (2e phrase) *De div. rer.* La même doctrine est suivie chez nous quand il s'agit de rivières non navigables et non flottables; mais les îles qui se forment dans les rivières navigables ou flottables appartiennent à l'Etat (C. Nap., art. 560 et 561).

(2) L. 65 § 4, D., *De adq. rer. dom.*

tum, veluti lineâ in directum per insulam transductâ, quisque eorum in eo habebit certis regionibus (1). Il y a évidemment même raison de décider, lorsque l'ile doit appartenir au riverain de droite et au riverain de gauche.

Une île se forme *in flumine* de telle manière qu'elle appartient en totalité à un riverain Primus. Peu à peu cette ile s'accroît par alluvion, au point que, d'une part, elle avance jusque devant le fonds de Secundus, riverain du même côté que Primus, et que, d'autre part, elle dépasse la ligne tracée au milieu du *flumen* : Secundus et le riverain qui est de l'autre côté du *flumen* ne vont-ils pas acquérir quelque droit à l'île ainsi étendue ? Non, il est de principe que l'alluvion profite exclusivement au propriétaire primitif (2). Il ne suffit donc pas de considérer la place actuellement occupée par une île pour pouvoir dire à qui elle appartient.

Une ile vous appartient exclusivement, parce qu'elle est tout entière à droite de la ligne tracée au milieu du *flumen* et que vous avez un fonds sur la rive droite. Une autre île se forme dans le grand bras du *flumen*, compris entre la première île et la rive gauche : comment déterminerons-nous à qui doit appartenir la deuxième île ? En considérant le grand bras comme étant à lui seul tout le *flumen*. C'est du moins ce que dit Paul. *Mensura eo nomine erit instruenda a tuâ insulâ, non ab agro tuo, propter quem ea insula tua facta fuerit : nàm quid interest qualis ager sit cujus propter provinquitatem posterior insula cujus sit quœritur* (3) ?

Nous avons toujours supposé que le fonds riverain en face duquel se forme une ile n'est point un *ager limitatus*. Le propriétaire d'un *ager limitatus* ne peut avoir aucun droit à la propriété de l'île. L'île serait alors *res nullius*, et, par conséquent, elle appartiendrait au premier occupant (4).

Il ne faut pas confondre avec le cas où une île se forme dans une rivière celui où le *flumen* vient à se séparer en deux bras, qui se rejoignent ensuite, de manière que le fonds compris entre ces deux

(1) L. 29, D., *De adq. rer. dom.*
(2) Proculus, L. 56 pr. *De adq. rer. dom.*
(3) L. 65 § 3, D., *De adq. rer. dom.*
(4) Ulpien, L. 1 § 6, D., *De flumin.* (43, 12).

bras prend la forme d'une île. Ce changement dans la configuration du *flumen* n'amène aucun transport de propriété relativement au fonds dont il s'agit : *ejusdem permanet is ager cujus et fuerat* (1).

— Que décider lorsqu'un *flumen* abandonne son ancien lit et s'en choisit un nouveau ? D'abord le nouveau lit devient chose publique : *ejus juris esse incipit cujus et ipsum flumen, id est publicus*. Quant au lit abandonné, il accède aux deux riverains de droite et de gauche, *eorum est qui propè ripam ejus prædia possident*, sans qu'il y ait à distinguer si le nouveau lit se trouve ou non formé aux dépens de ces propriétaires riverains (2).

Maintenant, qu'arrivera-t-il si, au bout d'un temps plus ou moins considérable, le *flumen* abandonne le nouveau lit qu'il s'était choisi, pour revenir à celui qu'il avait d'abord abandonné ? Sans difficulté l'ancien lit, repris par le *flumen*, redevient chose publique. Mais le deuxième lit, aujourd'hui abandonné à son tour, n'allons-nous pas le restituer à ceux aux dépens de qui il s'est formé ? Ce n'est point à cette idée que s'est arrêté Justinien : *rursùs novus alveus*, dit-il, *eorum esse incipit qui propè ripam ejus prædia possident* : les terrains remis à nu ne reviennent pas à leurs anciens propriétaires, ils accèdent aux fonds voisins (3). Gaius présentait déjà cette décision comme conforme à la rigueur des principes : *Si cujus totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non tamen is cujus is ager fuerat, strictâ ratione quicquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager qui fuerat desiit esse, amissâ propriâ formâ, et qui vicinum prædium nullum habet non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere*. Du reste, touché de l'iniquité du résultat, Gaius s'empressait d'ajouter, ce dont Justinien n'a tenu aucun compte : *Sed vix est ut id obtineat* (4).

La décision consacrée par Justinien, et devant laquelle Gaius paraît avoir reculé, était-elle généralement admise par les juris-

(1) Inst., § 22 *in fine De div. rer.* Même décision dans l'art. 562 du Code Napoléon.

(2) Inst., § 23 (1re phrase) *De div. rer.* Au contraire, chez nous, en cas pareil, « les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'in« demnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui « lui a été enlevé » (C. Nap., art. 563).

(3) Inst., § 23 *in fine De div. rer.*

(4) L. 7 § 5 *in fine*, D., *De adq. rer. dom.*

consultes romains ? Je ne le crois pas : d'après Pomponius, le *novus alveus*, s'il est abandonné, fait retour à son ancien propriétaire: *Sicuti hic fundus, cùm alveus fluminis factus esset, fuisset publicus, ità nunc privatus ejus esse debet cujus anteà fuit* (1). On a prétendu, il est vrai, que Pomponius songeait seulement au cas d'une inondation momentanée, cas dans lequel Justinien lui-même admet sans difficulté que le fonds ne change pas de propriétaire (2). Mais je ne puis croire que la décision de Pomponius doive être ainsi restreinte : d'abord il suppose, en termes généraux, que le fonds a été occupé *sive paulatim sive non paulatim ;* de plus, il suppose que le fonds est devenu *publicus,* tandis que l'inondation momentanée dont parle Justinien (§ 24) *fundi speciem non commutat.* — Dans le texte de Pomponius, une autre circonstance est relevée : le fonds qui pendant un certain temps a été *alveus*, ce fonds se trouvait *inter viam publicam et flumen*. Mais cette circonstance particulière ne me paraît avoir exercé aucune influence sur la décision du jurisconsulte. En effet, la même décision est donnée par lui dans un autre texte où la circonstance dont il s'agit n'est point mentionnée (3). Et le jurisconsulte Alfenus Varus, qui du reste admet pleinement la doctrine de l'accession *jure vicinitatis*, ne tient même pas compte de ce qu'il y a une *via publica* intermédiaire entre le lit abandonné et le fonds qui s'en accroît (4).

Lorsque le fonds riverain est un *ager limitatus*, de même que le propriétaire de ce fonds ne profite ni de l'alluvion ni de l'île qui se forme dans le *flumen*, de même il ne profitera pas de ce que le *flumen* abandonnerait son lit : *occupantis alveus fiet* (5).

Avec une chose appartenant à autrui, j'ai fait en mon nom, et non pas pour le compte du propriétaire, une *nova species*, un objet nouveau, un objet qui dans la langue porte un nom différent. Par exemple, avec du raisin j'ai fait du vin, avec un lingot d'or ou d'argent j'ai fait un vase. A qui appartiendra la *nova species?* Ap-

(1) L. 30 § 3, D., *De adq. rer. dom.*
(2) Inst., § 24 *De div. rer.*
(3) L. 23, D., *Quib. mod. ususfr. am.* (7, 4).
(4) L. 38, D., *De adq. rer. dom.*
(5) Ulpien, L. 1 § 7, D., *De flumin.* (43, 12).

partiendra-t-elle au propriétaire de la matière employée? Appartiendra-t-elle à celui qui s'est emparé de cette matière pour y appliquer son art ou son industrie? Pour résoudre cette question de droit, avant tout il faut prendre parti sur une question plus générale, sur une question philosophique : L'élément essentiel, l'essence d'une chose, est-ce la matière, ou bien, au contraire, est-ce la forme qui lui a été donnée? Si nous disons que c'est la matière, nous déciderons, avec les Sabiniens, que la chose a beau être transformée par le travail d'un artiste ou d'un ouvrier, au fond elle subsiste et ne change point de propriétaire. Si au contraire nous disons que l'essence d'une chose réside dans la forme plutôt que dans la matière, nous déciderons, avec les Proculiens, que la chose appartenant à Primus a véritablement cessé d'exister lorsqu'avec cette chose Secundus a fait une *nova species*, et que la *nova species* doit naturellement appartenir à son créateur Secundus (1). — Constatons dès à présent que, pas plus dans une opinion que dans l'autre, il n'y a rien ici qui ressemble à une acquisition par accession. En effet, dans l'opinion des Sabiniens, il n'y a acquisition d'aucune sorte, il y a persistance du droit de propriété; et, dans l'opinion des Proculiens, la propriété de Primus s'évanouit parce que la chose qui en était l'objet a été détruite : il apparaît une chose nouvelle qui pendant un instant est *res nullius*, et que Secundus acquiert par voie d'occupation.

Si le spécificateur devient propriétaire, nous disons que c'est par *occupatio rei nullius*. Gaius exprime très-bien cette idée : *Cùm quis ex alienâ materiâ speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antcà nullius fuerat* (2). De là plusieurs conséquences fort importantes : 1° Si la matière employée était grevée, entre les mains du propriétaire Primus, d'un droit d'usufruit ou d'hypothèque, la *nova species* ne sera nullement grevée de ce droit entre les mains du spécificateur Secundus; 2° si la matière employée avait été volée à un précédent propriétaire, le vice de *furtum* s'évanouit, et la *nova species* n'est aucunement *furtiva* entre les mains du spéci-

(1) Voy. Gaius, Comment. II, § 79.
(2) L. 7 § 7, D., *De adq. rer. dom.*

ficateur ; 3° le spécificateur fût-il possesseur de mauvaise foi de la matière employée, eût-il lui-même volé cette matière, il n'en sera pas moins légitime propriétaire de la *nova species*.

De la doctrine des Sabiniens et de celle des Proculiens, à laquelle Justinien a-t-il donné la préférence ? Il s'est arrêté à un système éclectique, qui, du reste, avait déjà des partisans avant lui. La chose peut-elle reprendre sa première forme, comme par exemple le vase qui peut redevenir lingot : les Sabiniens sont dans le vrai, le propriétaire de la matière est encore propriétaire de la *nova species*. Au contraire, la chose a-t-elle définitivement perdu sa forme primitive, comme le vin qui ne peut pas redevenir raisin, ce sont les Proculiens qui ont raison, la *nova species* appartient au spécificateur (1). — Mais il s'est glissé dans la compilation justinienne des textes empruntés à chacune des opinions enseignées par les Jurisconsultes, et c'est perdre son temps que chercher à concilier entre eux tous les textes dont il s'agit. J'en citerai seulement un exemple : lorsque je construis un navire *alienâ materiâ*, à qui appartient le navire ? Suivant Julien, il appartient au propriétaire des pièces de bois qui ont été employées : *proprietas totius navis carinæ causam sequitur* (2). Au contraire, suivant Paul, le navire que vous avez fait *meis tabulis* vous appartient : *quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret* (3). Évidemment, de ces deux décisions, la dernière seule aurait dû être insérée dans le Digeste.

Justinien fait une application erronée de son système lorsqu'il décide que l'homme qui retire les grains de blé contenus dans des épis appartenant à autrui acquiert la propriété de ces grains de blé. Sur ce point, nous trouvons dans un texte de Gaius inséré au Digeste une observation parfaitement juste : *Videntur mihi rectè quidam dixisse non debere dubitari quin alienis spicis excussum frumentum ejus sit cujus et spicæ fuerunt : cùm enim grana, quæ spicis*

(1) Inst., § 25 *De div. rer.*

Les rédacteurs du Code Napoléon ont consacré un quatrième système. Aux termes des art. 570 et 571, le propriétaire de la matière est propriétaire de la chose qui en a été formée, à moins que la main-d'œuvre ne surpasse de beaucoup la valeur de la matière.

(2) L. 61, D., *De rei vindic.* (6, 1).

(3) L. 26 pr., D., *De adq. rer. dom.*

continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excutit spicas non novam speciem facit, sed eam quæ est detegit (1).

Justinien (§ 25 *in fine*) suppose que j'ai fait un objet nouveau *partim ex meâ materiâ, partim ex alienâ* : il décide qu'alors, sans aucun doute, je dois être propriétaire de cet objet nouveau. Il ne faut pas donner à la décision dont il s'agit une portée trop absolue. En effet, on peut remarquer que, dans tous les cas cités comme exemples par Justinien, la *nova species* n'est pas susceptible de revenir à sa première forme : cela étant, il est clair qu'il ne doit pas y avoir de doute. Mais il faudrait décider autrement si la forme primitive pouvait être rendue à la chose. On peut argumenter en ce sens, de ce que dit le jurisconsulte Callistrate : *Si, ære meo et argento tuo conflato, aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia, cùm diversæ materiæ æs atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet* (2).

Lorsqu'une *nova species* a été faite par une personne *ex alienâ materiâ*, nous savons comment se règle la question de propriété. Mais il peut y avoir aussi à régler une question d'indemnité. Indemnité peut être due, suivant les cas, au spécificateur non reconnu propriétaire, ou au propriétaire de la matière lorsqu'il se trouve dépouillé de ce qui lui appartenait. 1° *Au spécificateur*. Si, de bonne foi, il a appliqué son industrie à la chose, dont la valeur aujourd'hui s'en trouve augmentée, et si, de plus, il possède cette chose, au moyen de l'exception de dol qu'il opposera à la revendication du propriétaire, il pourra obtenir une indemnité. 2° *Au propriétaire de la matière*. Le spécificateur étant en possession et se trouvant propriétaire parce que la chose ne peut pas revenir à sa forme primitive, le propriétaire de la matière pourra exercer contre lui soit une action *in factum* jusqu'à concurrence de l'enrichissement que lui a procuré la matière, soit l'action *ad exhibendum* pour avoir fait disparaître sciemment la chose du demandeur, soit les actions résultant du *furtum* si ce demandeur a été victime d'un vol. « Les Proculiens, dit Gaius, admettent *eum quoque cujus materia et substantia fuerit, furti adversùs eum qui sub-*

(1) L. 7 § 7 *in fine*, D., *De adq. rer. dom.*

(2) L. 12 § 1, D., *De adq. rer. dom.* J'aurai occasion de revenir sur le cas prévu dans ce texte.

ripuerit habere actionem; nec minùs adversùs eumdem condictionem ei competere, quia extinctæ res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt (1). J'expliquerai un peu plus loin ces derniers mots, qui se retrouvent aux Institutes de Justinien (§ 26 *in fine De div. rer.*).

Du cas de spécification nous pouvons rapprocher le cas où deux choses mobilières, appartenant à deux propriétaires distincts, sont jointes ou unies l'une à l'autre de manière à former un tout, *quod uno spiritu continetur*. En cas pareil, celle de ces choses qui peut être considérée comme principale, dont l'autre n'est que l'accessoire, absorbe en quelque sorte celle-ci, à ce point que le propriétaire de la première se trouve être propriétaire du tout. *Si quis rei suæ alienam rem ità adjecerit ut pars ejus fieret, veluti si quis statuæ suæ brachium aut pedem alienum adjecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensæ pedem, dominum ejus totius rei effici verèque statuam suam dicturum et scyphum plerique rectè dicunt* (2).

Mais la personne qui était propriétaire de la chose devenue l'accessoire et la dépendance d'une autre chose a-t-elle définitivement perdu son droit de propriété? A cet égard, les Romains font une distinction. Sans doute cette personne ne peut pas revendiquer sa chose, puisqu'elle a cessé d'avoir une existence distincte; seulement, en principe, elle peut intenter l'action *ad exhibendum*, obtenir par là que sa chose soit séparée, et alors la revendiquer. Par exception, si la chose accessoire avait été jointe à la chose principale au moyen d'une *ferruminatio*, *unitate majoris partis consumpta esset*, et l'action *ad exhibendum* tendant à la séparation ne serait pas recevable (3). Dites-en autant du cas où j'ai fait entrer dans le tissu de mon vêtement des fils de pourpre appartenant à autrui, *alienam purpuram vestimento meo intexui :* les fils de pourpre, quel qu'en soit le prix, sont un accessoire du vêtement, *accessionis vice cedunt vestimento :* je suis propriétaire du vêtement tel

(1) Comment. II, § 79 *in fine.*
(2) Paul, L. 23 § 2, D., *De rei vindic.*
(3) L. 23 § 5 *De rei vindic.*

qu'il se trouve être, et il n'y a pas possibilité qu'on obtienne séparation des fils de pourpre, qui ont définitivement cessé d'avoir une existence distincte (1).

Dans ces cas exceptionnels, où le propriétaire de la chose accessoire ne peut pas la recouvrer en exerçant d'abord l'action *ad exhibendum*, puis la revendication, comment sera-t-il indemnisé ? Plusieurs hypothèses doivent être distinguées. D'abord, si par hasard il possède la chose dans laquelle la sienne est absorbée, il pourra opposer l'*exceptio doli mali* à la revendication du propriétaire et obtenir ainsi la valeur de ce qu'il perd (2). Mais supposons qu'il ne possède pas. Probablement il a été victime d'un vol : alors il a l'*actio furti* (action pénale) et la *condictio* (action en indemnité). En effet, lorsqu'une chose n'existe plus, bien qu'en principe elle ne puisse pas donner lieu à la revendication, elle peut encore donner lieu à la *condictio* contre le voleur et contre certains autres possesseurs (3). Quels sont ces autres possesseurs ? Je crois, avec M. de Savigny, que ce sont les possesseurs, même de bonne foi, qui ont profité de la chose. Si donc je possédais, même de bonne foi, des fils de pourpre à vous appartenant et que je les aie fait entrer dans le tissu de mon vêtement, je serai tenu envers vous de la *condictio*, jusqu'à concurrence du profit que j'ai ainsi réalisé à vos dépens. C'est aussi en ce sens que l'entend Théophile. — Indépendamment de la *condictio*, le propriétaire dont nous parlons peut encore exercer une action *in factum : In omnibus his casibus*, dit Paul, *in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet*, *in factum actio necessaria est* (4). — Dans le cas de *ferruminatio*, dans le cas où des fils de pourpre ont été employés dans le tissu d'un vêtement, il est impossible d'obtenir, au moyen de l'action *ad exhibendum*, la séparation matérielle des objets. Est-ce à dire que cette action soit absolument inapplicable dans les cas dont il s'agit? Non : celui qui par dol a fait disparaître la chose d'autrui est tenu de cette action, et il y a ceci de remarquable qu'il sera condamné à

(1) Inst., § 26 *De div. rer.*
(2) L. 23 § 4, D., *De rei vind.*
(3) Inst., § 26 *in fine De div. rer.*
(4) L. 23 § 5, D., *De rei vindic.*

la somme fixée par le demandeur lui-même sous la foi du serment (1).

— L'écriture que je trace sur une feuille de papier ou de parchemin, les lettres fussent-elles d'or, n'est qu'un accessoire de cette feuille : en conséquence, si la feuille appartient à Titius, l'écriture dont je la couvre lui appartiendra aussi (2). En est-il de même lorsque je fais une peinture sur une toile ou sur une planche? Les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur ce point : *quidam putant*, dit Justinien, *tabulam picturæ cedere; aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere*. Justinien consacre la première opinion : *nobis videtur melius esse tabulam picturæ cedere* (3). La règle suivie pour la peinture est donc précisément l'inverse de celle qu'on suit pour l'écriture : quand j'écris sur votre parchemin, vous êtes propriétaire du manuscrit, tandis que, quand je peins sur votre toile ou sur votre planche, c'est moi qui suis propriétaire du tableau. Nous voyons dans Gaius que, déjà de son temps, la distinction était généralement admise : *magis dicitur tabulam picturæ cedere*. Du reste, il se hâte d'ajouter qu'il n'en voit pas bien le motif : *cujus diversitatis vix idonea ratio redditur* (4). Quant à Paul, il repousse formellement la distinction : *Necesse est*, dit il, *ei rei cedi quod sine illâ esse non potest* (5).

La distinction consacrée par Justinien est-elle raisonnable? peut-elle se justifier? Il faut convenir que la raison qu'il donne lui-même n'est guère satisfaisante : *ridiculum est*, dit-il, *picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere*. Evidemment la plupart des peintres ne sont ni des Apelles ni des Parrhasius : l'auteur du tableau le plus médiocre peut invoquer, comme l'artiste supérieur, le bénéfice de la règle *Tabula picturæ cedit*. Justinien n'explique donc véritablement pas la règle qu'il consacre. La véritable explication se rattache à la différence qu'on est forcé de reconnaître entre l'écriture et la peinture. L'écriture, par elle-même,

(1) Ulpien, L. 7 §§ 1 et 2 *Ad exhib.* (10, 4). Voy. aussi, comme analogue, la L. 1 § 2 *De tigno juncto* (47, 3), sur laquelle je reviendrai bientôt.

(2) Inst., § 33 (1re phrase) *De div. rer.*

(3) Inst., § 34 *De div. rer.*

(4) Comment. II, § 78.

(5) L. 23 § 3, D, *De rei vindic.*

n'a aucune valeur; elle est seulement un signe (1), elle est le moyen le plus commode et le plus sûr de fixer la pensée, de conserver une œuvre littéraire quelconque; mais cette œuvre littéraire existe très-bien indépendamment de toute écriture. Au contraire, un tableau n'est pas seulement un signe, il est l'œuvre tout entière : détruisez-le, et de l'œuvre il ne restera plus rien. C'est en se plaçant à ce point de vue qu'il est permis de dire que l'écriture n'est qu'un accessoire, tandis que la peinture doit être considérée comme chose principale (2).

Si le propriétaire du papier ou du parchemin reste propriétaire du manuscrit, si le peintre devient propriétaire du tableau, évidemment c'est à la charge d'indemniser l'auteur de l'écriture, le propriétaire de la toile ou de la planche. Cette indemnité, comment pourra-t-elle être obtenue? Pas de difficulté au cas d'écriture. Lorsque le propriétaire du papier ou du parchemin revendiquera contre celui qui en a fait un manuscrit, celui-ci, pourvu qu'il fût possesseur de bonne-foi, pourra se défendre par l'exception de dol et mettre le revendiquant dans la nécessité de lui tenir compte de son travail (3). La question est un peu plus délicate quand il s'agit de peinture. De deux choses l'une : ou le tableau est en la possession de celui à qui appartenait la toile ou la planche, ou bien il est en la possession du peintre. Dans le premier cas, le peintre revendique; et, s'il ne veut pas rembourser le *pretium tabulæ*, il pourra être repoussé par l'exception de dol. Dans le deuxième cas, le peintre, qui est propriétaire du tableau, étant en même temps possesseur, il n'y a pas lieu pour le *dominus tabulæ* de se faire indemniser au moyen d'une exception. Il faut donc qu'on lui donne une action. S'il a perdu sa *tabula* par suite d'un vol, il va de soi qu'il aura l'action résultant du vol. Mais, en dehors de ce cas de *furtum*, quelle action lui donnér? On ne peut pas lui donner l'ac-

(1) Je ne parle pas, bien entendu, des modèles calligraphiques, que l'on peut considérer comme une espèce de peinture.

(2) Toujours dans le même ordre d'idées, on peut remarquer que le propriétaire d'un manuscrit, en cette seule qualité, n'a pas la propriété de l'œuvre littéraire, tandis que le propriétaire d'un tableau a nécessairement la propriété de l'œuvre artistique réalisée par ce tableau.

(3) Inst., § 33 *in fine De div. rer.*

tion en revendication, car il a cessé d'être propriétaire. Pour venir à son secours, on suppose qu'il l'est encore : on lui donne une revendication utile (1). Du reste, il doit avoir soin, en exerçant cette *utilis actio*, d'offrir au peintre le prix de la peinture, *impensam picturæ*, sans quoi le peintre pourrait, du moins s'il a été de bonne foi, le repousser par une exception de dol (2). Mais ce *dominus tabulæ*, en exerçant ainsi une revendication utile contre le peintre, que va-t-il précisément obtenir? Il obtiendra le tableau, si le peintre veut bien s'en défaire pour le prix qu'on lui offre. Si le peintre préfère garder le tableau, il le peut, à charge seulement de rembourser le *pretium tabulæ*. Sur ce dernier point, il ne saurait y avoir de doute, bien que ni Gaius ni Justinien après lui ne s'en expliquent : si le peintre peut recouvrer le tableau quand il se trouve en la possession du *dominus tabulæ*, à plus forte raison le peintre doit-il pouvoir le garder quand lui-même le possède. Ce résultat, du reste, est en parfaite harmonie avec les principes généraux. En effet, la revendication utile, comme la revendication directe, est une action arbitraire; or, dans les actions de cette espèce, *permittitur judici, ex bono et æquo, secundùm cujusque rei de quâ actum est naturam, æstimare quemadmodùm actori satisfieri oporteat* (3). Le peintre étant une fois déclaré propriétaire, ce qu'il y a de plus conforme à l'équité, n'est-ce pas de dire : « Le peintre peut garder le tableau qui lui appartient, mais à charge de rembourser au demandeur le *pretium tabulæ ?* »

— C'est encore ici le lieu d'étudier ce qu'on appelle proprement la *confusion* et le *mélange :* car il s'agit toujours de choses mobilières.

La confusion suppose deux matières liquides qui sont réunies l'une à l'autre de manière que *ex confusione unum corpus fiat.* A qui appartiendra ce corps qui résulte de la confusion, si les deux matières n'avaient pas le même propriétaire? Sans distinguer si les deux matières sont de même espèce (du vin avec du vin, de l'ar-

(1) *Consequens est ut utilis actio detur :* il est conforme aux principes de ne lui donner qu'une action utile.

(2) Gaius, II, § 78; Inst., § 34 *De div. rer.*

(3) Inst., § 31 *in fine De action.* (IV, 6).

gent avec de l'argent) ou si elles sont d'espèces différentes (du vin avec du miel, de l'or avec de l'argent), sans distinguer non plus si la confusion a eu lieu *ex voluntate dominorum* ou si au contraire elle a eu lieu fortuitement, dans tous les cas *totum corpus utriusque commune est*, l'objet est indivis entre ceux à qui appartenaient les deux matières confondues (1). — Cette décision doit être complétée par un texte d'Ulpien, qui forme la L. 5 § 1, D., *De rei vindic.* Ulpien prévoit les trois cas suivants : 1° Du vin et du miel appartenant à deux personnes ont été confondus sans leur consentement mutuel, soit par une seule d'entre elles, soit par un tiers : Pomponius et Ulpien sont d'avis qu'il y a là spécification, et que le produit appartient à celui qui l'a formé. 2° Du plomb et de l'argent ont été fondus ensemble, toujours sans le consentement des deux propriétaires : les deux métaux pouvant être séparés, chacun des propriétaires pourra revendiquer le sien, sauf à intenter au préalable l'action *ad exhibendum*. 3° Enfin de l'or a été fondu avec du cuivre : la séparation des deux métaux n'étant pas possible, la masse est indivise entre les deux propriétaires : chacun pourra intenter d'abord une *vindicatio pro parte*, pour faire reconnaître le *quantùm* de sa part indivise, puis l'action *communi dividundo*, pour sortir d'indivision.

Le mélange suppose des solides : du blé appartenant à Titius a été mêlé avec du blé appartenant à Sempronius. Quel est aujourd'hui le droit de ces deux personnes ? Il faut distinguer deux cas : le mélange peut avoir eu lieu par la volonté des deux propriétaires ; il peut avoir eu lieu par cas fortuit ou par la volonté d'un seul propriétaire. Dans le premier cas, la masse totale appartient par indivis à Titius et à Sempronius : *ex eorum consensu singula grana communicata sunt*. Dans le deuxième cas, il n'y a point d'indivision ; chaque grain de blé continue d'appartenir à celui qui en était propriétaire avant le mélange. C'est, dit Justinien, comme quand le troupeau de Titius se mêle au troupeau de Sempronius. Que si la masse de blé tout entière se trouve en la possession de l'un des propriétaires, l'autre pourra revendiquer ce qui lui appartient ; *arbitrio autem judicis continetur ut ipse æstimet quale cujusque frumentum fuerit ;* le juge fera restituer au deman-

(1) Inst., § 27 *De div. rer.*

deur une quantité équivalente à ce qui lui appartenait avant le mélange (1).

Il est évident que ni dans le cas de confusion ni dans le cas de mélange il ne peut être question d'une acquisition de propriété par accession.

Nous n'avons plus maintenant à parler que des immeubles. Nous allons voir différentes applications de cette règle générale que les constructions et les plantations sont choses accessoires par rapport au sol.

Supposons d'abord qu'un homme a construit une maison sur son terrain *ex alienâ materiâ*, avec des matériaux appartenant à autrui. A qui appartient la maison? Elle appartient au constructeur, propriétaire du sol : *quia omne quod inædificatur solo cedit* (2). Est-ce à dire que le propriétaire des matériaux ait perdu son droit de propriété? Non : *nec ideò is qui materiæ dominus fuerat, desinit dominus ejus esse*. En effet, on peut très-bien séparer par la pensée la construction et les matériaux qui ont été employés à la faire, reconnaître Titius comme propriétaire de la construction et Mævius comme propriétaire des matériaux. Mais la propriété de Mævius, à quoi va-t-elle aboutir? de quelle application pratique est-elle susceptible? Si nous n'avions ici que les principes généraux, nous dirions : « Mævius ne peut pas revendiquer : car il est propriétaire de matériaux, et il n'existe plus de matériaux. Qu'il intente d'abord l'action *ad exhibendum* : lorsque sur cette action la maison aura été démolie, lorsque ses matériaux lui auront été représentés, alors il pourra revendiquer. » Cette application des principes généraux, cette possibilité laissée au *dominus materiæ* de faire démolir la maison, a paru contraire à l'intérêt public, et la loi des douze Tables défend *ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur* (3).

(1) Inst., § 28 *De div. rer.* Comp. Ulpien, L. 5 pr., D., *De rei vindic.*

(2) En droit civil, une maison ne peut appartenir qu'au propriétaire du sol. Le Préteur a dérogé à ce principe, en admettant ce qu'on appelle *le droit de superficie*.

(3) Il en est de même chez nous : le propriétaire des matériaux employés n'a pas le droit de les enlever (C. Napoléon, art. 554).

Le propriétaire des matériaux a-t-il donc tout perdu? D'abord on comprend sans peine qu'il ne peut pas être ainsi dépouillé, exproprié, sans indemnité. Mais, indépendamment de cette indemnité, dont nous parlerons dans un instant, il peut encore se faire qu'il recouvre sa chose en nature. Il n'y a qu'à supposer que la maison est démolie, qu'elle s'écroule : alors il revendiquera ses matériaux. Cette revendication ne peut même pas se perdre par l'effet d'une usucapion, tant que la maison est debout. Supposons que le constructeur a vendu la maison à un tiers de bonne foi, à un tiers qui ne sait pas que dans la construction ont été employés des matériaux appartenant à autrui; il se passe un temps suffisant pour permettre à l'acheteur d'usucaper la maison s'il en avait besoin; puis la maison s'écroule : pourra-t-on opposer l'usucapion à Mævius revendiquant ses matériaux? Non : car le tiers-acheteur a seulement possédé la maison; il n'a pas possédé les matériaux, et, par conséquent, il n'a pas pu les usucaper (1).

Arrivons à la question d'indemnité. La loi des douze Tables, en défendant au *dominus materiæ* d'intenter l'action *ad exhibendum* pour faire démolir la maison, lui permet d'intenter contre le constructeur une action *de tigno juncto*, à l'aide de laquelle il obtiendra le double de la valeur de ses matériaux (2). — Cette action n'est-elle possible que quand les matériaux ont été volés? Ce qui fait naître la question, c'est que plusieurs textes supposent qu'il s'agit de *tignum furtivum*. Il me paraît certain, quoique le contraire ait été souvent affirmé, que la loi des douze Tables n'exigeait rien de semblable. Voici, en effet, ce que nous lisons dans un texte de Neratius : *De eo quod uxoris in ædificium viri ità conjunctum est ut detractum alicujus usûs esse possit, dicendum est agi posse, quia nulla actio est ex lege duodecim Tabularum, quamvis Decemviros non sit credibile de his sensisse quorum voluntate res eorum in alienum ædificium conjunctæ essent* (3). Je traduis ainsi : « Relativement aux « matériaux appartenant à la femme qui ont été employés dans la

(1) Gaius, L. 7 § 11, D., *De adq. rer. dom.;* L. 23 § 7, D., *De rei vindic.*
(2) Ulpien, L. 1 pr., D., *De tigno juncto* (47, 3); Inst., § 29 *De div. rer.*
(3) C'est la leçon de la Florentine. D'après la Vulgate et d'après la Norique, il faudrait lire : ... *quamvis nulla actio est ex lege duodecim Tabularum, quia Decemviros....* L. 63, D., *De don. int. vir. et ux.* 24, 1).

« maison du mari de telle sorte que, détachés, ils seraient encore de « quelque utilité, il faut dire que l'action *de tigno juncto* peut être « exercée, parce que, en vertu de la loi des douze Tables, il n'y a « point d'autre action; et cependant il n'est pas croyable que les « Décemvirs aient pensé à des personnes qui ont bien voulu que « leurs matériaux fussent employés dans la construction faite par « autrui. » Certes, le jurisconsulte n'aurait pas pu s'exprimer de cette manière si la loi des douze Tables avait spécialement parlé du *tignum furtivum*. Mais la note suivante, ajoutée au texte de Neratius, prouve que, du temps de Paul, on ne donnait l'action *de tigno juncto* qu'autant qu'il y avait eu vol : *Paulus notat · Sed in hoc solùm agi potest ut vindicatio solutâ re competat mulieri, non in duplum ex lege duodecim Tabularum : neque enim furtivum est quod sciente domino inclusum est.*

Si le constructeur a été de mauvaise foi en employant les matériaux d'autrui, il n'est pas tenu seulement de l'action *de tigno juncto ;* le *dominus materiæ* peut dès à présent le poursuivre par l'action *ad exhibendum*, non pour le forcer à démolir la maison, mais pour fixer lui-même sous la foi du serment le montant de la condamnation : *non sic eum convenimus quasi possidentem, sed ità quasi dolo malo fecerit quominùs possideat* (1).

Lorsque le *dominus materiæ* a exercé l'action *de tigno juncto*, pourra-t-il encore, si plus tard la maison vient à s'écrouler, revendiquer ses matériaux ? Ulpien dit qu'il n'en fait aucun doute (2). Mais il faut sous-entendre que le constructeur, ainsi poursuivi et condamné à deux reprises, a été de mauvaise foi. Quant au constructeur de bonne foi, en payant le double auquel il est condamné sur l'action *de tigno juncto*, il peut être considéré comme achetant les matériaux. Aussi nous dit-on, aux Institutes : *Si aliquâ ex causâ dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jàm persecutus, tunc eam vindicare et ad exhibendum de eâ re agere* (3).

(1) Ulpien, L. 1 § 2, D., *De tigno juncto* (47, 3). Comp. Paul, L. 23 § 6, D., *De rei vindic.*

(2) L. 3, D., *De tigno juncto.*

(3) § 29 *in fine De div. rer.*

En résumé, au cas de *tignum furtivum*, le constructeur de mauvaise foi est tenu : 1° de l'action *de tigno juncto*, 2° de l'action *ad exhibendum* ou de la revendication; le constructeur de bonne foi est tenu seulement de l'action *de tigno juncto* ou de la revendication. Si les matériaux employés dans une construction sans qu'il y ait eu aliénation de la part de leur propriétaire n'ont pas été volés, alors, d'après l'interprétation des jurisconsultes, l'action *de tigno juncto* n'étant pas applicable, il faudrait donner au *dominus materiæ* une action *in factum*.

— Nous avons supposé un homme qui bâtit sur son terrain avec des matériaux appartenant à autrui. Prenons maintenant le cas inverse : j'ai bâti, avec mes matériaux, sur un terrain appartenant à autrui. Conformément au principe du droit civil, *ædificium solo cedit*, la maison appartient au propriétaire du sol, et non pas au constructeur (1). Mais le constructeur ne pourra-t-il pas se faire indemniser? A cet égard, plusieurs distinctions doivent être faites. Dans les Institutes, on s'attache principalement à ceci : Le constructeur était-il de bonne foi, ou, au contraire, était-il de mauvaise foi? Pour une exposition complète de la matière, il me paraît préférable de distinguer avant tout si le constructeur possède encore la maison, ou s'il a cessé de la posséder, au moment où s'élève la question d'indemnité. Etait-il de bonne ou de mauvaise foi? Ceci viendra seulement comme sous-distinction.

1° *Le constructeur possède encore.* — Le propriétaire revendique : le constructeur, s'il a été de bonne foi, peut lui opposer l'exception de dol. Evidemment il y a dol du propriétaire à vouloir profiter de mon erreur pour reprendre sans rien payer son terrain aujourd'hui couvert de la construction que j'y ai faite à grands frais. Pour échapper à cette exception de dol, que doit faire le revendiquant? Gaius et, après lui, Justinien disent qu'il doit me rembourser le montant de ma dépense, *pretium materiæ et mercedes fabrorum* (2). Mais cela ne doit pas être pris absolument au pied de la lettre : lorsque la plus-value résultant de la construc-

(1) Gaius, II, § 73. Comp. l'art. 555 du Code Napoléon.
(2) Gaius, Comment. II, § 76, et L. 7 § 12, D., *De adq. rer. dom.*; Inst., § 30 *De div. rer.*

tion est inférieure au montant de la dépense, et c'est ce qui arrive le plus souvent, le propriétaire en est quitte en remboursant la plus-value. En effet, pour être exempt de dol, il suffit qu'il ne s'enrichisse pas aux dépens du constructeur; or il est clair qu'il ne s'enrichit pas à ses dépens lorsque, trouvant la valeur de sa chose augmentée de 100, il rembourse précisément 100. Le constructeur sans doute y perdra, s'il a dépensé 125; mais du moins ne peut-on pas dire que le propriétaire profite de sa perte. Ainsi, comme le dit fort bien le jurisconsulte Celsus, le propriétaire, pour recouvrer son immeuble, doit rembourser la dépense *usque eo duntaxat quo pretiosior factus est* (1).

Quel effet va produire cette exception de dol si le revendiquant ne fait pas le remboursement dont il est tenu? Le jurisconsulte Celsus considère ici plusieurs hypothèses. Le revendiquant est riche, il aurait probablement fait la même construction : s'il ne rembourse pas, il ne recouvrera pas son immeuble. Le revendiquant ne tient pas à l'immeuble; s'il le recouvrait, ce serait pour le vendre : alors le constructeur pourra le garder, en payant la valeur actuelle, moins la plus-value créée par lui. Enfin le revendiquant est pauvre et tient beaucoup à l'immeuble : il recouvrera l'immeuble, et tout ce que pourra faire le constructeur, ce sera d'enlever ses constructions en remettant les choses dans leur état primitif (2).

Maintenant supposons que le constructeur a été de mauvaise foi. A la revendication du propriétaire il ne peut pas opposer l'exception de dol, à l'effet d'obtenir remboursement de la plus-value : *nàm scienti alienum solum esse potest objici culpa, quòd ædificaverit temerè in eo solo quod intelligeret alienum esse* (3). Tout ce qu'on peut admettre, c'est qu'il lui sera permis de retirer les matériaux qu'il a employés. Ulpien l'admet effectivement en faveur d'un homme qui avait acheté de bonne foi le fonds, mais qui n'était plus de bonne foi quand il a commencé à construire : *Hoc ei concedendum est ut, sine dispendio domini areæ, tollat ædificium quod*

(1) L. 38, D., *De rei vindic.*
(2) Même L. 38.
(3) Inst., § 30 *in fine De div. rer.*

posuit (1). Et l'empereur Gordien l'admet, d'une manière générale, en faveur de tous les possesseurs de mauvaise foi (2). — Il semblerait cependant que le jurisconsulte Paul accorde même, au constructeur de mauvaise foi le droit d'exiger le remboursement de la plus-value : *Benignius est*, dit-il, *in hujus quoque personâ haberi rationem impensarum : non enim debet petitor ex alienâ jacturâ lucrum facere* (3). Mais je considère la décision de Paul comme applicable seulement au cas où le constructeur est poursuivi par la *petitio hereditatis*, action dans laquelle le juge a un pouvoir plus large que dans la *rei vindicatio* pour tenir compte de tout ce qu'exige l'équité.

2° *Le constructeur a cessé de posséder.* — Si le constructeur était de bonne foi, j'admets que, la maison étant démolie ou venant à s'écrouler, il pourra revendiquer ses matériaux. Cela résulte *a contrario* de ce qu'on nous dit à propos du constructeur de mauvaise foi : *Materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur alienata, utique si non ignorabat se in alieno solo ædificare; et ideò, licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest* (4). — Même au profit du constructeur de mauvaise foi, on peut, dans la même hypothèse, admettre la revendication des matériaux, par cela seul qu'en construisant il n'a pas eu l'*animus donandi*. C'est, du moins, ce que décide une Constitution d'Antonin Caracalla : *Materia ad pristinum dominum redit, sive bonâ fide sive malâ ædificium exstructum sit, si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint* (5). Nous devons rectifier avec ce texte ce qui est dit, en termes trop absolus, aux Institutes.

Faisons maintenant abstraction du cas où la maison est démolie. Comment le constructeur a-t-il cessé de posséder ? Peut-être parce qu'on l'a expulsé par la force, ou bien parce qu'on a profité de son absence momentanée pour s'établir dans l'immeuble ! Dans ces deux cas, le constructeur peut, soit au moyen de l'interdit *undè*

(1) L. 37, D., *De rei vindic.*
(2) L. 5, C., *De rei vindic.* (3, 32).
(3) L. 38, D., *De hered. pet.* (5, 3).
(4) Gaius, L. 7 § 12, D., *De adq. rer. dom.*; Inst., § 30 *De div. rer.*
(5) L. 2, C., *De rei vindic.* (3, 32).

vi, soit au moyen de l'interdit *uti possidetis*, se faire remettre en possession. Que si la ressource de ces deux interdits lui fait défaut, ne pourra-t-il jamais exercer une action pour obtenir remboursement de la plus-value? La doctrine générale des jurisconsultes romains est très-certainement qu'il ne peut en exercer aucune : il n'est pas dans le cas où se donne la *condictio indebiti*, il n'est pas non plus dans le cas où se donne l'action *negotiorum gestorum contraria*. C'ést ce que dit Julien : *Cùm ædificium in areâ suâ ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed, et si is qui in alienâ areâ ædificâsset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit : quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat* (1). C'est ce que dit également Papinien : *Sumptus in prædium, quod alienum esse apparuit, a bonæ fidei possessore facti neque ab eo qui prædium donavit neque a domino peti possunt* (2). C'est enfin ce que dit Paul : *Paulus respondit eum, qui in alieno solo ædificium exstruxerit, non aliàs sumptus consequi posse quàm possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet* (3). — Seul, le jurisconsulte Africain aurait sans doute donné au constructeur, dans le cas qui nous occupe, une action *negotiorum gestorum* utile (4).

Nous avons toujours supposé que le constructeur n'avait point contracté avec le propriétaire du sol. Si un contrat de bonne foi était intervenu entre eux, si c'est par exemple un fermier qui a bâti sur le fonds par lui pris à bail, il pourrait employer l'action de bonne foi qui lui appartient, pour obtenir indemnité du propriétaire qui est en même temps son bailleur : *in conducto fundo*, dit Paul, *si conductor suâ operâ aliquid necessariò vel utiliter auxerit vel ædificaverit vel instituerit, cùm id non convenisset : ad recipienda ea quæ impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest* (5).

— Les mêmes principes qui viennent d'être exposés relativement aux constructions s'appliquent aux plantations. Si donc Titius plante dans son terrain un arbre appartenant à autrui, l'arbre de-

(1) L. 33, D., *De condict. indeb.* (12, 6).
(2) L. 48, D., *De rei vindic.*
(3) L. 14, D., *De doli mali et met. exc.* (44, 4).
(4) L. 49, D., *De neg. gest.* (3, 5).
(5) L. 55 § 1, D., *Locati* (19, 2).

viendra la propriété de Titius; et, réciproquement, si Titius plante un arbre qui lui appartient dans le terrain de Mævius, l'arbre deviendra la propriété de Mævius. Il faut seulement, pour que cette translation de propriété s'opère, que l'arbre ait poussé ses racines dans le terrain où il est planté (1). Il y a là purement et simplement une application du principe, déjà signalé, suivant lequel un arbre appartient au propriétaire du sol dans lequel il se nourrit (2). — La circonstance que l'arbre tombe ou qu'il est arraché n'amène aucun changement dans la propriété : l'arbre continuera d'appartenir à la personne dans le terrain de laquelle en dernier lieu il avait ses racines. *Rursùs eruta*, dit Paul, *non ad priorem dominum revertitur : nàm credibile est, alio terræ alimento aliam factam* (3).

Par suite du principe romain, il peut se faire qu'un arbre qui sort de terre sur le fonds de Titius n'appartienne pas exclusivement à Titius ou même ne lui appartienne pas du tout. S'il se trouve que l'arbre a poussé également ses racines dans le fonds de Titius et dans le fonds du voisin, il appartiendra par indivis à tous deux; et s'il se trouve qu'il a poussé ses racines exclusivement dans le fonds du voisin, le voisin en sera seul propriétaire. Cela est formellement décidé aux Institutes et au Digeste (4). Mais, pour que le voisin devienne ainsi co-propriétaire ou propriétaire exclusif de l'arbre, il ne suffit pas que l'extrémité des racines pénètre dans son fonds ; il faut qu'elles y soient presque tout entières. Cela ressort clairement d'un texte de Pomponius, d'après lequel le voisin n'a même pas le droit de couper les racines qui pénètrent chez lui, mais peut seulement actionner en justice le propriétaire de l'arbre (5). Aussi les Institutes ont-elles soin de supposer un arbre *propè confinium posita*, qui sort de terre près de la limite des deux fonds.

Revenons à l'hypothèse où le propriétaire d'un arbre perd sa propriété parce que l'arbre a été planté et a poussé des racines

(1) Inst., § 31 (1re phrase) *De div. rer.*

(2) Voy., ci-dessus, p. 452. — Du reste, il n'est pas exact que les arbres se nourrissent exclusivement par leurs racines.

(3) L. 26 § 2, D., *De adq. rer. dom.*

(4) Gaius, L. 7 § 13, D., *De adq. rer. dom.*; Inst., § 31 *De div. rer.*

(5) L. 6 § 2, D., *Arbor. furtìm cæs.* (47, 7). — Chez nous, le voisin peut couper lui-même les racines qui avancent sur son héritage (C. Nap., art. 672).

dans le terrain d'autrui. Le propriétaire ainsi exproprié pourra-t-il obtenir quelque indemnité de celui qui acquiert sa chose? Nous faisons abstraction du cas où il y a eu vol, la personne victime du vol ayant, d'après les principes généraux, l'*actio furti* et la *condictio furtiva*.

1° Titius a planté dans son terrain un arbre qui vous appartenait : vous pouvez intenter contre lui, pour vous faire indemniser, une revendication utile (1).

2° Titius a planté un arbre à lui appartenant dans votre terrain qu'il possédait de bonne foi : lorsque vous revendiquez contre lui, si vous voulez vous enrichir à ses dépens, il pourra vous opposer l'exception *doli mali* (2). — Il en serait exactement de même si Titius, avec du blé à lui appartenant, avait ensemencé votre fonds : *sicut is qui in alieno solo ædificaverit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, ità ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is qui alienum fundum suâ impensâ bonâ fide conseruit* (3). Du reste, Titius ne peut jamais retirer le blé avec lequel il a ensemencé le fonds (4). — Nous avons supposé que Titius a fait une plantation dans le fonds d'autrui ou qu'il a ensemencé ce fonds en son propre nom et pour son compte personnel : il est clair que, s'il avait agi comme *negotiorum gestor* du propriétaire, il pourrait avoir contre lui l'action *negotiorum gestorum contraria* (5).

Avant d'exposer les règles concernant le dernier mode d'acquisition *juris gentium*, c'est-à-dire la tradition, je dirai quelques mots du *trésor*. Nous allons trouver ici, en quelque sorte, une combinaison du principe de l'*occupation* et du principe de l'*accession*.

Le trésor est défini par le jurisconsulte Paul : *Vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non exstat memoria, ut jàm dominum non*

(1) Ulpien, L. 5 § 3, D., *De rei vindic.*
(2) Celsus, L. 38, D., *De rei vindic.*
(3) Inst., § 32 *De div. rer.*
(4) Pomponius, L. 53, D., *De rei vindic.*
(5) Voy. Julien, L. 6 § 3, D., *De neg. gest.* (3, 5).

habeat. Il est bien évident, d'après cela, qu'il n'y a pas *trésor* toutes les fois qu'un individu, *metûs vel custodiæ causâ*, cache en terre des objets précieux : celui qui s'en emparerait commettrait certainement un vol. C'est aussi ce que dit Paul (1). Il n'y a pas non plus *trésor*, comme le dit Scévola, lorsqu'il y a *pecunia fortè perdita, vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata :* cette somme d'argent appartient toujours à celui qui l'a perdue ou qui l'a oubliée là où elle se trouve (2).

La personne qui trouve un trésor chez elle, *in loco suo*, en devient propriétaire. Ainsi l'a décidé l'empereur Adrien, *naturalem æquitatem secutus*, est-il dit aux Institutes (3). Il paraît qu'avant Adrien le trésor appartenait à l'empereur. La décision d'Adrien fut expressément confirmée, en 474, par une Constitution de l'empereur Léon (4).

Lorsqu'une personne trouve un trésor dans le fonds d'autrui, la moitié est pour elle et la moitié pour le propriétaire du fonds. Seulement, il faut alors que cette personne l'ait trouvé sans le chercher, *non datâ ad hoc operâ*, *sed fortuitò*. Cette condition est exprimée dans la Constitution de Léon (5).

Le trésor trouvé dans un lieu sacré ou dans un lieu religieux appartient pour le tout à l'inventeur. Ici encore il faut qu'il l'ait trouvé *fortuitò*, comme le dit expressément le texte des Institutes. — Spécialement en ce qui concerne le trésor trouvé *in loco religioso*, nous voyons que le fisc en a quelquefois pris la moitié : *si in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut in monumentis thesauri reperti fuerint, Divi fratres constituerunt ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur* (6). Mais peut-être le jurisconsulte, comme les empereurs, a-t-il en vue le sol provincial, qui n'est jamais proprement religieux. En tout cas, les Institutes prouvent que Justinien a voulu en revenir à la décision d'Adrien.

(1) L. 31 § 1, D., *De adq. rer. dom.*
(2) L. 67, D., *De rei vindic.*
(3) § 39 *De div. rer.*
(4) L. un., C., *De thesauris* (10, 15).
(5) Voy. également, chez nous, l'art. 716 du Code Napoléon, article très mal rédigé, du reste.
(6) Callistrate, L. 3 § 10, D., *De jure fisci* (49, 14).

Enfin le trésor trouvé *in loco Cæsaris*, *in fiscali vel publico loco*, appartient pour moitié à l'inventeur, pour moitié à l'empereur, au fisc, ou à la ville propriétaire du *locus publicus*. C'est la décision que donnent expressément les Institutes. Mais quelle est donc la différence entre le *locus Cæsaris* et le *locus fiscalis?* Sans doute le premier est un bien patrimonial de l'empereur, tandis que l'autre provient d'impôts, de confiscations, etc.

III. TRADITION.

La tradition, dit Gaius, est une manière d'acquérir du droit des gens : *Nihil enim tàm conveniens est naturali æquitati quàm voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi* (1). Bien entendu, cette dernière phrase ne signifie pas que la simple volonté, que le simple accord de volontés suffise pour transférer la propriété : elle veut dire que celui qui me livre sa chose avec l'intention de m'en transférer la propriété m'en transfère effectivement la propriété. L'effet de la tradition dépend de la volonté du *tradens;* mais, encore une fois, la volonté toute seule n'a pas la puissance de transférer la propriété. *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur* (2).

La tradition, dans le sens le plus large du mot, c'est la remise de la possession qu'une personne fait à une autre. Mais il peut y avoir tradition sans qu'il y ait pour cela transport de propriété au profit de l'*accipiens*. Ce transport de la propriété suppose, en effet, plusieurs conditions particulières. Il faut d'abord que le *tradens* soit propriétaire de la *res tradita,* ou du moins qu'il ait pouvoir de l'aliéner, par exemple comme un créancier gagiste (3). Il faut, de plus, que le *tradens* soit capable d'aliéner : ainsi, le pupille qui livre sa chose sans l'*auctoritas tutoris* ne l'aliène jamais, parce qu'il est incapable (4). Il faut enfin qu'il y ait chez le *tradens* vo-

(1) L. 9 § 3, D., *De adq. rer. dom.* Voy. aussi, aux Institutes, § 40 (1re phrase) *De div. rer.*

(2) Dioclétien et Maximien, L. 20, C., *De pactis* (2, 3).

(3) Inst., § 1 *Quib. alien. lic. vel non* (II, 8).

(4) L'*auctoritas tutoris* ne suffit même pas toujours : un décret du magistrat est souvent nécessaire.

lonté d'aliéner et chez l'*accipiens* volonté d'acquérir, ou, en d'autres termes, il faut que la tradition soit faite *ex justâ causâ*. Cette dernière idée est parfaitement exprimée par le jurisconsulte Paul, lorsqu'il dit : *Nunquàm nuda traditio transfert dominium, sed ità si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur* (1). Ainsi, la tradition faite en vertu d'un contrat de louage n'est pas faite *ex justâ causâ* : car le locateur n'a pas l'intention d'aliéner la chose qu'il donne à loyer. De même, la tradition faite en vertu d'une donation entre époux n'est pas faite *ex justâ causâ* : car le donateur a bien la volonté d'aliéner, mais sa volonté est contraire à la loi.

Pour qu'il puisse être question d'aliénation ou de transport de la propriété, il faut évidemment que la *res tradita* soit susceptible de propriété privée. Par là se trouvent exclus, dans l'ancien droit, les fonds provinciaux (2). En effet, ces fonds sont considérés comme appartenant soit au peuple, soit à l'empereur, suivant qu'ils se trouvent dans une *provincia populi romani* ou dans une *provincia Cæsaris*, et, par conséquent, un simple particulier ne peut pas en être véritablement propriétaire (3). Dans les provinces du peuple (qui sont administrées par le Sénat), les fonds sont dits *stipendiaires*, et dans les provinces de l'empereur ils sont dits *tributaires*, du nom de l'impôt qu'ils paient (4). Il paraît qu'assez longtemps avant Justinien la condition des fonds provinciaux s'était rapprochée de la condition des fonds italiques. Il est douteux que l'empereur Maximin (de l'an 235 à l'an 238) ait transporté à l'Italie le système d'impôts appliqué dans les provinces (5); mais il est certain que, du temps de Dioclétien, de simples particuliers sont considérés comme ayant le *dominium* ou la *proprietas*

(1) L. 31 pr., D., *De adq. rer. dom.* Voy. aussi, aux Institutes, le § 40 *in fine De div. rer.*

(2) Je fais abstraction, pour le moment, de ceux qui avaient obtenu le *jus italicum*. Voy., ci-dessus, p. 165 et suiv.

(3) Voy. les textes, déjà cités, de Gaius : Comment. I, § 6 *in fine*, et Comment. II, § 7.

(4) Gaius, II, § 21.

(5) La difficulté tient à l'interprétation d'un passage d'Aurelius Victor, *De Cæsaribus*, 39. Comp. M. Walter, chap. 37, notes 47 et 54.

sur des fonds provinciaux (1). Justinien consacre, en termes généraux, l'assimilation des fonds provinciaux et des fonds italiques : *inter prædia quæ in provinciis sunt nec non et italica prædia, ex nostrâ Constitutione, nulla est differentia* (2).

Dans l'ancien droit, la tradition *ex justâ causâ* ne transférait la propriété, le *dominium ex jure Quiritium*, qu'autant que la *res tradita* était *nec mancipi*. *Traditio*, dit Ulpien, *propria est alienatio rerum nec mancipi : harum rerum dominia ipsâ traditione adprehendimus, scilicet si ex justâ causâ traditæ sunt nobis* (3). Il résulte de ce texte que la tradition appliquée à une *res nec mancipi* a le même effet que la mancipation appliquée à une *res mancipi*, c'est-à-dire qu'elle confère le *dominium ex jure Quiritium*. Aussi Paul remarque-t-il très-exactement que la revendication, qui n'appartient qu'au *dominus ex jure Quiritium* peut être exercée par lui aussi bien quand il est devenu propriétaire par un mode de droit des gens que quand il est devenu propriétaire par un mode de droit civil (4). L'occupation et la tradition, modes d'acquérir du droit des gens, peuvent conférer la propriété civile, le *dominium ex jure Quiritium*, absolument comme les contrats de droit des gens, tels que la stipulation ou le *mutuum*, engendrent des obligations civiles.

La tradition *ex justâ causâ*, appliquée à une *res mancipi*, n'a-t-elle donc aucun effet? Le résultat est-il nul, comme au cas d'une mancipation appliquée à une *res nec mancipi*? Non : si l'*accipiens* ne devient pas propriétaire dans toute la force du terme, il aura du moins la chose *in bonis*. C'est ce que dit très-bien Gaius : *Sequitur ut admoneamus, apud peregrinos quidem unum esse dominium : itaque aut dominus quisque est aut dominus non intelligitur. Quo jure etiam populus romanus olim utebatur : aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus ; sed*

(1) Voy. *Fragm. du Vatican*, §§ 283, 315 et 316.

(2) Inst., § 40 *De div. rer.* La Constitution à laquelle renvoie ce texte n'est pas, comme on a coutume de le dire, la L. un., C., *De nudo jure Quir. toll.* (7, 25); c'est la L. un., C., *De usucap. transform.* (7, 31). A la fin de cette dernière Constitution, Justinien prescrit *ut sit rebus et locis omnibus similis ordo*.

(3) *Fragm.*, XIX, § 7.

(4) L. 23 pr., D., *De rei vindic.*

posteà divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere. Nàm si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in jure cessero, sed tantùm tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex jure Quiritium verò mea permanebit... (1). Théophile, dans sa *Paraphrase*, signale encore ces deux espèces de propriété qui pouvaient exister chez les Romains : Εστιν φυσικη δεσποτεια και εννομος δεσποτεια. Και η μεν φυσικη λεγεται *in bonis*, και ο δεσποτης βονιταριος· η δε εννομος λεγεται *jure Quiritium* (2).

Pour que l'*accipiens* ait ainsi la chose seulement *in bonis*, il faut nécessairement supposer que le *tradens* et lui étaient citoyens romains. Si l'un d'eux était *peregrinus*, celui-là ne pourrait pas avoir gardé le *nudum jus Quiritium* ou n'avoir acquis que l'*in bonis*, puisque, comme le dit Gaius, *apud peregrinos unum est dominium*. Le *peregrinus tradens* a nécessairement tout aliéné, de sorte que l'autre partie a tout acquis ; le *peregrinus accipiens* est devenu *dominus* autant qu'on peut l'être, de sorte que l'autre partie n'a rien retenu. Donc, au fond, la tradition *ex justâ causâ* d'une *res mancipi*, entre deux personnes dont l'une *peregrinæ conditionis*, a le même effet qu'aurait eu la mancipation de cette chose *inter duos cives romanos*. — Ce résultat, auquel les principes conduisent naturellement, est d'ailleurs confirmé par des textes. Ainsi, on peut d'abord remarquer que le jurisconsulte Ulpien, parlant d'un esclave affranchi par celui qui l'a simplement *in bonis*, suppose expressément que l'esclave avait été livré *civi romano a cive romano* (3). De même Paul, après avoir dit que celui qui aliène par tradition une *res nec mancipi* ne peut pas s'en réserver l'usufruit, ajoute que cette réserve n'est pas même possible *in homine si peregrino tradatur* (4) : son idée est évidemment que, la tradition d'un esclave, quand elle est faite à un *peregrinus*, ayant le même effet que la mancipation, on pourrait croire que cette tradition comporte, comme la mancipation, une *deductio usûsfructûs*. Enfin un texte

(1) Comment. II, §§ 40 et 41. Comp. Comment. I, § 54.

(2) Sur le § 4 *De libertinis*. Théophile, du reste, n'emploie pas une expression très-heureuse quand il dit que celui qui a la chose *in bonis* a une propriété naturelle.

(3) *Fragm.*, I, § 16. Ci-dessus, p. 192.

(4) *Fragm. du Vatican*, § 47.

de Tryphoninus suppose nécessairement que le citoyen romain qui achète et reçoit un esclave d'un *peregrinus* en devient *dominus ex iure Quiritium* (1).

Dans le droit de Justinien, nous le savons déjà, on ne distingue plus des *res mancipi* et des *res nec mancipi*. Le principe est que la tradition peut s'appliquer avec la même efficacité à toute chose corporelle. Dès lors, il ne peut plus être question de *nudum jus Quiritium* ni d'*in bonis*. On en est revenu à ce que Gaius nous signale comme ayant existé très-anciennement à Rome : *ex jure Quiritium unusquisque dominus est aut non intelligitur dominus.* D'après les expressions mêmes de Justinien, *cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur...* (2).

— La tradition, considérée comme mode de translation de la propriété, a un caractère remarquable, que je tiens à signaler dès à présent et dont les applications viendront plus tard. A la différence de ce qui a lieu dans les *actus legitimi*, il est permis ici aux parties d'exprimer que la propriété sera transférée seulement au bout d'un certain temps ou seulement si tel événement arrive. Comme le dit Julien, *si quis possessionem fundi ità tradiderit ut ità demùm cedere eâ dicat si ipsius fundus esset, non videtur possessio tradita si fundus alienus sit. Hoc amplius, existimandum est possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur neque aliter accipientis fiunt quàm conditio exstiterit* (3).

Après ces notions générales sur la tradition, nous devons nous occuper spécialement de la tradition faite en exécution d'un contrat de vente.

Le propriétaire d'une chose l'a vendue : à quel moment l'acheteur en devient-il propriétaire ? Ce n'est pas au moment où la vente est conclue : la vente a pour effet d'obliger les parties l'une envers l'autre, elle n'a pas pour effet de transférer la propriété du vendeur à l'acheteur. En principe, pour que l'acheteur devienne propriétaire de la chose vendue, il ne suffit même pas que le vendeur

(1) L. 12 § 8, D., *De captiv. et postlim.* (49, 15).
(2) Inst., § 40 *De div. rer.*
(3) L. 38 § 1, D., *De adq. vel am. poss.* (41, 2).

lui en ait fait tradition : *venditæ res et traditæ*, dit Justinien, *non aliter emptori adquiruntur quàm si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato* (1). Il y a là une interprétation raisonnable de volonté. Le vendeur, en faisant la tradition, pourrait très-valablement exprimer que la propriété ne sera transférée à l'acheteur qu'après qu'il aura payé son prix ; la loi présume que cette clause a été dans l'intention des parties, et, en conséquence, elle la sous-entend toutes les fois que les parties n'ont rien dit de contraire. Seulement, l'acheteur peut avoir fourni au vendeur une satisfaction équivalente au paiement du prix. Ainsi le vendeur a reçu en gage une certaine chose comme sûreté du paiement du prix, ou bien l'acheteur lui a présenté un tiers qui s'est engagé à payer le prix, et le vendeur a consenti à n'avoir affaire qu'à lui. On peut raisonnablement traiter le vendeur qui accepte un gage ou un *adpromissor* comme s'il avait reçu le prix, présumer qu'en livrant la chose il consent à ce que l'acheteur en devienne immédiatement propriétaire : c'est aussi ce que fait la loi. Il faut encore ajouter le cas où le vendeur reçoit de l'acheteur un fidéjusseur, une personne qui garantit que l'acheteur paiera : *ut res emptoris fiat*, dit Gaius, *nihil interest utrùm solutum sit pretium an eo nomine fidejussor datus sit* (2).

L'acheteur, à qui la chose est livrée sans qu'il ait payé son prix ni satisfait autrement à son vendeur, ne devient pas propriétaire. Devient-il au moins possesseur, ou bien est-il simplement *in possessione?* Je ne connais aucun texte qui décide expressément la question. L'acheteur, comme tel, a l'*animus domini :* je pense donc que, si le vendeur n'a pas exprimé qu'il livrait la chose *quasi conductori vel depositario,* l'acheteur devra être considéré comme un véritable possesseur, comme pouvant exercer les interdits.

D'où vient cette règle que l'acheteur n'acquiert pas la propriété par cela seul que tradition lui a été faite? *Quod cavetur quidem*, dit Justinien, *etiam lege duodecim Tabularum ; tamen rectè dicitur et jure gentium, id est jure naturali, id effici* (3). J'ai souvent entendu

(1) Inst., § 41 (1re phrase) *De div. rer.*
(2) L. 53, D., *De contrah. empt.* (18, 1).
(3) Inst., § 41 (2e phrase) *De div. rer.*

dire que la loi des douze Tables n'avait pas dû s'occuper de la tradition ; que celui qui acquiert par mancipation devient propriétaire seulement au moment où il paie, parce que jusqu'à ce moment la mancipation n'est pas complète ; qu'enfin Justinien avait sans doute rapporté à la vente suivie de tradition ce qui dans le système des douze Tables s'appliquait à la mancipation. C'est là une conjecture qui n'est pas nécessaire et qui n'est aucunement justifiée. Justinien ne s'est pas borné à dire que l'acheteur, pour devenir propriétaire, doit avoir payé son prix : il a mis sur la même ligne que le paiement du prix la satisfaction consistant à fournir un gage ou un *expromissor*. Puis il nous présente cette règle tout entière comme consacrée par la loi des douze Tables; or, si dans la loi des douze Tables il s'agissait seulement de mancipation, il ne pourrait pas être question de gage ni d'*expromissor* : car le gage et l'*expromissor* supposent une obligation, et la mancipation n'en produit aucune. Je suis disposé à croire que la loi des douze Tables parlait réellement de la tradition, pour exprimer l'idée que la tradition n'est translative de propriété qu'autant que le *tradens* a la volonté de transférer la propriété : Justinien indique une application spéciale de cette idée au cas où la tradition est faite par un vendeur.

Dire que la propriété n'est pas transférée à l'acheteur par cela seul que la chose vendue lui est livrée, c'est interpréter raisonnablement la volonté du vendeur. Mais il n'y a là qu'une présomption, laquelle disparaîtra devant la preuve d'une volonté contraire. L'acheteur doit toujours être reçu à faire cette preuve, et il la fait en montrant que le vendeur a suivi sa foi. Comme le dit encore Justinien, *si is qui vendidit, fidem emptoris secutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri* (1). Par exemple, que l'acheteur prouve que le vendeur, en lui livrant la chose, lui a donné un terme pour le paiement du prix, nous en conclurons que l'acheteur est devenu immédiatement propriétaire à la suite de la tradition. Ainsi s'explique le rescrit suivant de l'empereur Alexandre : *Qui eâ lege prædium vendidit ut, nisi reliquum pretium intrà certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur : si non precariam possessionem*

(1) Inst., § 41 *in fine De div. rer.*

tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito (1).

Comme je l'ai déjà indiqué, la propriété peut être transférée par une tradition même faite *a non domino*, pourvu qu'elle soit faite par quelqu'un ayant pouvoir d'aliéner. *Nihil interest*, dit Justinien, *utrùm ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate ejus alius* (2). La tradition, en effet, a ceci de particulier que je puis, au moyen de la tradition, soit aliéner, soit acquérir *per extraneam personam*.

Mais dans quel cas un *non dominus* est-il considéré comme ayant pouvoir d'aliéner? Pas de difficulté si le propriétaire l'a expressément chargé d'aliéner tel ou tel bien. Même la personne à qui le propriétaire a confié la libre administration de ses biens, peut, suivant les cas, faire des aliénations: *Si cui libera universorum negotiorum administratio a domino permissa fuerit, isque ex his negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis* (3). Il faut bien remarquer qu'un pareil mandataire n'est jamais considéré comme ayant pouvoir de faire des aliénations à titre gratuit, des libéralités : sous ce point de vue, sa condition est identique à celle d'un fils de famille ou d'un esclave à qui le père ou le maître confie la libre administration d'un pécule (4). Même les aliénations à titre onéreux ne rentrent pas nécessairement dans les pouvoirs de celui qu'un propriétaire a chargé, d'une manière générale, de l'administration de ses biens : il y a toujours à tenir compte des circonstances. Notamment, lorsque le propriétaire n'a pas exprimé qu'il donnait la *libera administratio*, nous ne reconnaîtrons pas facilement au mandataire le pouvoir d'aliéner. C'est ce qui résulte d'un fragment de Modestin : *Procurator totorum bonorum, cui res administrandæ mandatæ sunt, res domini neque mobiles vel immobiles, neque servus, sine speciali domini mandatu, alienare potest, nisi fructus aut alias res quæ facilè corrumpi possunt* (5).

(1) L. 3, C., *De pactis inter empt. et vendit.* (4, 54).
(2) Inst., § 42 *De div. rer.*
(3) Inst., § 43 *De div. rer.*
(4) Ulpien, L. 41 § 1, D., *De rei vindic.*; L. 7 pr. *De donat.* (39, 5).
(5) L. 63, D., *De procurat.* (3, 3). — Chez nous, aux termes de l'art. 1988 du Code Napoléon, « le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les ac-

— Dans certains cas, la propriété est transférée, quoique au premier abord il n'apparaisse pas qu'il y a eu tradition. *Interdùm sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem quam tibi aliquis commodavit aut locavit aut apud te deposuit, vendiderit tibi aut donaverit : quamvis enim ex eâ causâ tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso quod patitur tuam esse, statim tibi adquiritur proprietas, perindè ac si eo nomine tradita fuisset* (1). Les commentateurs disent souvent qu'il y a là une tradition feinte, une tradition *brevi manu.* La vérité est que nous avons là tous les éléments d'une tradition *ex justâ causâ* ordinaire ; seulement, ils se sont produits successivement. Il y a eu d'abord *nuda traditio;* puis il y a eu de la part du *tradens* volonté d'aliéner, volonté manifestée par la vente ou par la donation qu'il a consentie : dès que cet élément intentionnel est venu se joindre au fait de la remise de la chose entre les mains de la personne, cette personne a pu devenir propriétaire.

Voici un autre cas, qui est, en quelque sorte, l'inverse du précédent. Je vends à Titius une chose que je possède ; je ne la lui livre pas matériellement ; mais je déclare que désormais je la posséderai pour lui. Les commentateurs disent qu'il y a là constitut possessoire : *constituo me pro Titio possessurum.* C'est véritablement une tradition *ex justâ causâ* que j'ai faite à Titius : car il possède pour moi et j'ai manifesté l'intention de lui transférer la propriété. Elle lui sera effectivement transférée (2). — Ce constitut possessoire peut même être tacite. Lorsque plusieurs personnes forment ensemble une société *totorum bonorum,* à l'instant où le contrat existe, et sans qu'il soit besoin d'une clause particulière à ce sujet, les biens propres à chaque partie deviennent communs entre toutes (3).

Justinien, après Gaius, cite encore un autre cas, dans lequel, suivant lui, la propriété d'une chose est conférée sans qu'il y ait

« tes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque au-
« tre acte de propriété, le mandat doit être exprès. »

(1) Inst., § 44 *De div. rer.*

(2) Voy. Celsus, L. 18 pr. *De adq. vel am. poss.;* Ulpien, L. 77 *De rei vindic.*

(3) L. 1 § 1 et L. 2, D., *Pro socio* (17, 2).

eu réellement tradition de la chose : *Item, si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem* (1). On a imaginé de considérer la remise des clés comme un symbole, de voir là une tradition symbolique. Il y a tradition des marchandises vendues, tradition dans le sens propre du mot : car, livrer à l'acheteur les clés du magasin où sont les marchandises, c'est réellement mettre ces marchandises à sa disposition. Il faut seulement supposer qu'au moment où les clés lui sont ainsi livrées, il est à proximité du magasin : sans cela, posséder les clés ne serait pas l'équivalent de posséder les marchandises. C'est ce que remarque très-judicieusement le jurisconsulte Papinien : *Clavibus traditis*, dit-il, *ità mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur si claves apud horrea traditæ sint : quo facto, confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea* (2).

— Il peut y avoir tradition faite au profit d'une personne que le *tradens* ne connait pas déterminément : *interdùm et in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem : ut ecce Prætores et Consules, qui missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus, et tamen quia volunt quod quisque exceperit ejus esse, statim eum dominum efficiunt* (3). Le magistrat qui lance des pièces de monnaie dans la foule entend que la possession et la propriété soient transférées à celui entre les mains de qui parviendra chacune de ces pièces : il y a là une véritable tradition.

Au contraire, il n'y a point tradition dans le cas où, Primus, dégoûté d'une certaine chose qui lui appartient, l'ayant abandonnée, Secundus s'en empare. Ici la chose abandonnée par Primus est devenue *res nullius*, et c'est par occupation que Secundus en ac-

(1) Gaius, L. 9 § 6, D., *De adq. rer. dom.*; Inst., § 45 *De div. rer.*

(2) L. 74, D., *De contrah. empt.* — Chez nous, aux termes de l'art. 1606 du Code Napoléon, « la délivrance des effets mobiliers s'opère par la remise « des clés des bâtiments qui les contiennent. » Cette disposition n'a aucune espèce de valeur. En effet, d'une part, l'acheteur est devenu propriétaire des marchandises dès l'instant où la vente a été conclue ; et, d'autre part, on pourrait très-bien juger, suivant les cas, que le vendeur n'a pas pleinement accompli son obligation de faire la délivrance par cela seul qu'il a remis les clés à l'acheteur.

(3) Inst., § 46 *De div. rer.*

quiert la propriété (1). — Nous voyons cependant qu'il y avait eu des doutes sur ce point. Ainsi Pomponius confond le cas où je fais tradition *incertæ personæ* et le cas où *rem meam pro derelicto habeo* (2). Au contraire, à propos de la chose abandonnée par son maître, voici ce que dit Paul : *Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit ; Julianus, desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius nisi possessa fuerit, et rectè* (3). — La question pouvait présenter de l'intérêt au cas d'une chose *mancipi*. Y a-t-il tradition : l'*accipiens* aura la chose seulement *in bonis*. Y a-t-il occupation : c'est le *dominium* luimême qui est acquis en même temps que la possession.

Du reste, il ne faut point considérer comme *derelictæ a domino* et, par conséquent, comme devenues *res nullius* les choses *quæ in tempestate maris, levandæ navis causâ, ejiciuntur : hæ dominorum permanent, quia palàm est eas non eo animo ejici quod quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsâ navi maris periculum effugiat.* Ces choses, ajoute Justinien, peuvent être comparées à celles *quæ de rhedâ currente, non intelligentibus dominis, cadunt.* S'emparer des choses ainsi jetées à la mer pour alléger le navire, c'est donc commettre un *furtum* (4). Toutefois cette décision est un peu trop absolue, et il faut admettre sans difficulté les distinctions raisonnables proposées à cet égard par le jurisconsulte Ulpien (5).

Il reste à dire quelques mots de l'influence que peut exercer l'erreur sur le transport de la propriété.

1° Il peut y avoir erreur *in corpore*. La chose que je vous livre n'est pas celle que je crois vous livrer, ou, réciproquement, la chose que vous recevez n'est pas celle que vous croyez recevoir. Alors la possession ne passe pas de moi *tradens* à vous *accipiens*, ni, par conséquent, la propriété. Ulpien prévoit spécialement la deuxième hypothèse, celle où il y a erreur de l'*accipiens*: *non puto*,

(1) Inst., § 47 *De div. rer.*
(2) L. 5 § 1, D., *Pro derelicto* (41, 7).
(3) L. 2 § 1 *eod. Tit.*
(4) Inst., § 48 *De div. rer.*
(5) L. 43 § 11, D., *De furt.* (47, 2).

dit-il, *errantem adquirere : ergò nec amittet possessionem qui quodammodo sub conditione recessit de possessione* (1).

2° Il peut y avoir, de la part du *tradens*, erreur consistant en ce qu'il ne sait pas être propriétaire de la chose. Ici encore il n'y aura pas transport de la propriété : *Si procurator meus vel tutor pupilli*, dit Ulpien, *rem suam*, *quasi meam vel pupilli*, *alii tradiderint*, *non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio*, *quia nemo errans rem suam amittit* (2). — On pourrait croire que Marcellus était d'un avis contraire. Voici, en effet, comment il s'exprime : *Servum Titii emi ab alio bonâ fide, et possideo; mandatu meo eum Titius vendidit, cùm ignoraret suum esse; vel contrà ego vendidi illius mandatu, cùm fortè is cui heres exstiterit eum emisset : de jure evictionis et mandato quæsitum est. Et puto Titium*, *quamvis quasi procurator vendidisset*, *obstrictum emptori, neque*, *si rem tradidisset*, *vindicationem ei concedendam ; et idcircò mandati agere posse, si quid ejus interfuisset*, *quia fortè venditurus non fuerit. Contrà mandator*, *si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur*, *et adversùs venditionem testatoris sui habet ex empto, jure hereditario*, *actionem* (3). Ce texte prévoit deux hypothèses distinctes; nous nous attacherons exclusivement à l'une d'elles. Possédant de bonne foi l'esclave de Titius, je donne mandat à Titius lui-même de le vendre ; Titius, qui ne sait pas être propriétaire de cet esclave, exécute mon mandat. Marcellus pense que Titius est lié envers l'acheteur ; que, s'il lui a livré l'esclave, il ne pourra pas le revendiquer ; que, du reste, il pourra se faire indemniser par moi, suivant les cas, au moyen de l'action *mandati*. N'est-ce pas contraire à la décision d'Ulpien, d'après laquelle *Nemo errans rem suam amittit?* Non : car Marcellus ne dit pas que la tradition faite par le propriétaire ait emporté aliénation ; il dit seulement que la vente faite par lui est valable et qu'alors ce propriétaire, étant tenu à la garantie envers son acheteur, ne peut pas se prévaloir contre lui de sa qualité de propriétaire.

3° Je vous livre une chose avec l'intention de vous la prêter ;

(1) L. 34 pr., D., *De adq. vel am. poss.* — A la seconde phrase de ce texte, il faut avoir soin de mettre une négation qui manque dans plusieurs éditions *Quoniam autem in corpore* NON *consenserimus...*

(2) L. 35, D., *De adq. rer. dom.*

(3) L. 49, D., *Mandati* (17, 1).

vous la recevez, avec l'idée que je vous la donne et, par conséquent, avec l'intention d'en devenir propriétaire. Il est parfaitement certain qu'il ne s'opère point transport de propriété à votre profit : car, en vous livrant ma chose, je n'avais point l'*animus transferendi dominii*. — La question est beaucoup plus délicate lorsque l'acte que je veux faire, comme celui que vous croyez être fait, emporte aliénation, lorsque par exemple je veux faire un *mutuum* et que vous entendez recevoir une donation, ou réciproquement. La question paraît même avoir été discutée entre les jurisconsultes romains : d'après Julien, il y a transport de la propriété, *nec impedimento est quòd circà causam dandi atque accipiendi dissenserimus* (1); mais Ulpien, après avoir rapporté cette décision de Julien, ajoute qu'il vaut mieux dire *nummos accipientis non fieri, cùm aliâ opinione acceperit* (2).

DES DROITS RÉELS AUTRES QUE LA PROPRIÉTÉ.

Nous avons parlé des choses, c'est-à-dire des choses corporelles, et particulièrement de celles qui peuvent être l'objet du droit de propriété. Mais, d'après Justinien, toutes les choses ne sont pas corporelles : *quædam res corporales sunt*, *quædam incorporales* (3). Pour le moment, nous n'avons rien à dire de plus au sujet des choses corporelles, c'est-à-dire des choses qui tombent sous nos sens (4). Nous ferons seulement remarquer que Justinien range parmi ces choses l'esclave, *homo*, mais qu'à un certain point de vue l'esclave est une personne et non une chose (5).

Que faut-il entendre précisément par les *choses incorporelles*? Cicéron donne à cette expression un sens très-large. Pour lui, les choses incorporelles sont à peu près ce que nous appelons en français des *abstractions : quæ non sunt*, *quæ intelliguntur;* il cite, comme exemples, l'usucapion, la tutelle, la *gens*, l'agnation (6).

(1) L. 36, D., *De adq. rer. dom.*
(2) L. 18 pr., D., *De reb. cred.* (12, 1).
(3) Inst., pr. *De reb. incorporal.* (II, 2).
(4) Inst., § 1 *De reb. incorp.*
(5) Voy., ci-dessus, p. 148.
(6) *Topiques*, n° 5.

Suivant Justinien, sont choses incorporelles *quæ tangi non possunt, qualia sunt ea quæ in jure consistunt*, comme une hérédité, un droit de servitude, un droit de créance (1). Ulpien ajoutait la tutelle légitime du patron sur son affranchie (2). Probablement on s'est dit : « Plus un homme a de choses corporelles, de biens dont il est propriétaire, plus il est riche. Cependant il y a encore d'autres éléments constitutifs de la richesse, ainsi les droits de servitude, les droits de créance, une succession qu'on recueille. Pour distinguer ceux-ci, qui sont toujours des droits ou des masses diversement composées, pour les distinguer des choses véritables, des choses corporelles, appelons-les *choses incorporelles*. »

Comment se fait-il que le droit de propriété ne soit pas indiqué parmi les choses incorporelles ? Certes, pas plus que le droit d'usufruit, le droit de propriété ne tombe sous nos sens. Mais il y a ici une habitude de langage qu'explique la nature différente des deux droits. L'homme qui est propriétaire du fonds Cornélien le fera connaître en disant : *J'ai le fonds Cornélien*. Il n'a pas besoin de nommer son droit ; la propriété étant le droit le plus étendu qu'un homme puisse avoir sur une chose, dire qu'on a telle chose, c'est dire qu'on en est propriétaire. Au contraire, celui qui est usufruitier du fonds Cornélien, s'il veut nous faire connaître sa position, doit nécessairement nommer le droit dont il est investi. Voilà pourquoi le droit de propriété ne figure pas dans la liste des choses incorporelles ; c'est qu'habituellement on se borne à nommer la chose dont on est propriétaire, tandis que pour indiquer qu'on a un droit autre que la propriété il faut nommer le droit lui-même (3).

— Le droit de propriété ne peut exister que sur une chose corporelle ; or, la possession, comme nous l'avons vu, est l'exercice du droit de propriété, le fait correspondant au droit de propriété. Donc, à proprement parler, il ne peut y avoir possession que relativement à une chose corporelle. *Possideri possunt*, dit effective-

(1) Inst., §§ 2 et 3 *De reb. incorpor.*
(2) *Fragm.*, XIX, § 11.
(3) Ainsi, on nomme la *res corporalis* pour exprimer le droit de propriété dont elle est l'objet. Réciproquement, chez nous le mot *propriété* désigne souvent la chose corporelle.

ment Paul, *quæ sunt corporalia* (1). Pourtant l'exercice d'un droit autre que la propriété, le fait correspondant à ce droit, offre bien de l'analogie avec la possession. Aussi, pour désigner cet exercice, on parle souvent de *quasi possessio* ou de *possessio juris*.

En définitive, comment diviserons-nous les droits qui constituent la fortune ou le patrimoine d'un particulier? Nous les diviserons en deux grandes classes, la première comprenant les droits de propriété et les autres droits réels, la deuxième comprenant les droits de créance, *obligationes*. Une personne a un droit réel lorsqu'entre la personne et la chose il existe légalement un rapport direct: la personne, pour retirer de la chose toute l'utilité ou une certaine partie de l'utilité qu'elle peut fournir, n'a besoin de l'intervention d'aucune autre personne. Au contraire une personne a un droit de créance lorsqu'elle peut s'adresser à une autre personne déterminée pour exiger d'elle un service, lequel service consiste à donner, à faire, à s'abstenir. Mon droit de créance s'éteint naturellement par le paiement, c'est-à-dire par une dation quand l'obligation était de donner. Il en résulte que souvent un droit de créance s'éteint par l'établissement d'un droit de propriété au profit du créancier.

Nous n'avons à parler pour le moment que des droits réels. Le nombre des droits réels, comme on va le voir, est assez limité. En tête de la liste, figure le droit de propriété. Ce droit peut être démembré, c'est-à-dire que les divers avantages qu'il renferme peuvent appartenir à plusieurs personnes au lieu d'appartenir à une seule. Cela se présente d'abord au cas de co-propriété par indivis. Si par exemple le propriétaire du fonds Cornélien le lègue à Primus et à Secundus, le droit de Primus s'étend sur tout le fonds Cornélien, mais sur chaque molécule il rencontre le droit égal de Secundus : chacun des deux co-propriétaires a ce qu'on appelle une *pars pro indiviso*. Le droit de propriété est également démembré lorsque la chose qui m'appartient est grevée de servitude, soit au profit du propriétaire quel qu'il soit d'un certain

(1) L. 3 pr., D., *De adq. vel am. poss.*

fonds (servitude prédiale), soit au profit d'une personne déterminée (servitude personnelle). Voilà les seuls droits réels que reconnaisse le *jus civile*. Le Préteur en reconnaît trois autres, dont nous parlerons plus tard, savoir : le droit de superficie; le droit du possesseur de l'*ager vectigalis*, appelé aussi emphytéose; enfin le droit d'hypothèque.

DES SERVITUDES EN GÉNÉRAL.

Une chose est considérée comme libre lorsque le propriétaire de cette chose a seul droit à toute l'utilité qu'elle est susceptible de procurer. Au contraire la chose est esclave lorsque le droit du propriétaire est restreint, soit parce qu'un tiers peut prendre une partie de l'utilité que fournit la chose, soit parce qu'un tiers peut empêcher le propriétaire de disposer de sa chose d'une certaine manière. Le tiers est dit alors avoir un droit de servitude. Nous verrons plus tard qu'il y a différentes espèces de servitudes.

Les droits réels autres que la propriété ne sont pas tous des servitudes. A quoi reconnaîtrons-nous le droit de servitude en général? Nous le reconnaîtrons surtout aux trois caractères qui suivent :

1° En principe, tout droit de servitude est consacré et garanti par le *jus civile;* les autres droits réels sont seulement consacrés par le Préteur.

2° L'avantage que confère le droit de servitude peut varier à l'infini; il est de natures très-diverses (1). Au contraire l'avantage attaché au droit de superficie, au droit d'emphytéose, au droit d'hypothèque, est parfaitement déterminé. En d'autres termes, dire qu'on a un droit de servitude sur le fonds Cornélien, ce n'est pas faire connaître la faculté dont on est investi par rapport à ce fonds, tandis qu'il suffit de dire qu'on a un droit de superficie, d'emphytéose ou d'hypothèque sur tel objet pour faire parfaitement comprendre, à l'instant même, dans quelle position on se trouve.

3° Tout droit de servitude suppose un sujet actif, auquel il est étroitement attaché, avec lequel il s'éteint nécessairement, duquel il ne peut être séparé pour être appliqué à un autre. Ce sujet actif

(1) Ce que Paul exprime très-bien dans la L. 7 pr., D., *Communia prædiorum* (8, 4).

peut être une personne déterminée : la personne ne peut pas aliéner son droit de servitude, et ce droit ne peut pas subsister après la mort de la personne. Le sujet actif peut être aussi un immeuble : le droit de servitude est alors une qualité de cet immeuble, qualité qui peut durer aussi longtemps que l'immeuble même et qui ne peut jamais être transférée à un autre immeuble. Nous ne trouvons rien de semblable en ce qui concerne les autres droits réels : le droit de superficie et le droit d'emphytéose sont transmissibles et aliénables ; quant au droit d'hypothèque, il a ceci de particulier qu'il est l'accessoire d'une créance, mais il n'appartient pas incommutablement à une certaine personne, à un sujet déterminé.

— Le droit de servitude, étant une fraction, une modification du droit de propriété, ne peut exister, en principe, comme ce droit lui-même, que sur une chose corporelle. Cependant il serait possible qu'un testateur voulût constituer une servitude sur une autre servitude, par exemple léguer à un voisin l'usufruit d'une servitude prédiale : nous verrons que les jurisconsultes romains donnaient effet, autant que possible, au moyen de certains équivalents, à une disposition de ce genre (1).

— Tout droit de servitude, considéré au point de vue actif, au point de vue de l'avantage qu'il procure, consiste *in faciendo*, *in habendo* ou *in prohibendo*. *In faciendo :* j'ai le droit de percevoir les fruits que produit le fonds de Titius, j'ai le droit de passer sur le fonds de Titius, etc. *In habendo :* par exemple, j'ai le droit d'avoir un balcon qui s'avance sur le fonds de Titius. *In prohibendo :* par exemple, j'ai le droit d'empêcher Titius de bâtir sur son fonds, *ne prospectui meo officiat*. Dans les deux premiers cas, on dit que la servitude est *positive ;* dans le troisième on dit qu'elle est *négative*. — Que si nous considérons la servitude au point de vue passif, au point de vue de la charge qui en résulte pour un propriétaire, nous dirons qu'elle consiste toujours *in patiendo* ou *in non faciendo*. — Il n'y a là qu'une seule division des servitudes, il n'y en a pas deux : si une servitude est positive, elle consiste nécessairement *in patiendo*, et si elle est négative, elle consiste nécessairement *in non faciendo*.

(1) Voy. Paul, L. 1, D., *De usu et usufr.* (33, 2).

Ce double élément que nous trouvons dans les servitudes quand nous les considérons comme droits, nous le rencontrons également dans la propriété. La propriété implique : 1° un élément positif, la faculté pour le propriétaire de faire de sa chose ce que bon lui semble ; 2° un élément négatif, la faculté pour le propriétaire d'exclure toute personne de la participation à l'utilité que procure la chose. Or, il est possible que ce double élément que renferme naturellement la propriété soit modifié à l'encontre du propriétaire et dans l'intérêt d'un tiers. Si un tiers peut empêcher le propriétaire de faire de sa chose ce qu'il veut, l'élément positif du droit de propriété est restreint, la charge consiste *in non faciendo.* Si un tiers peut participer à l'utilité que procure la chose, l'élément négatif du droit de propriété est restreint, la charge consiste *in patiendo.*

La servitude, qui, considérée comme charge, consiste *in patiendo* ou *in non faciendo*, ne peut-elle donc pas consister aussi *in faciendo?* Ne peut-on pas établir, comme servitude, que le propriétaire du fonds Cornélien, en cette qualité, devra faire certains travaux chaque année dans l'intérêt d'une personne déterminée ou dans l'intérêt d'un autre fonds? Non : cela n'est pas possible. *Servitutum,* dit Pomponius, *non ea natura est ut aliquid faciat quis* (*veluti viridaria tollat, aut amœniorem prospectum præstet, aut in hoc ut in suo pingat*), *sed ut aliquid patiatur aut non faciat* (1). Mais pourquoi donc en est-il ainsi? Par une raison bien simple, par la raison que la partie ne saurait contenir ce que le tout lui-même ne contient pas. Le propriétaire, comme tel, ne peut contraindre personne *ad faciendum :* comment donc celui qui n'a qu'une fraction de la toute propriété, le *jus servitutis,* aurait-il une faculté que ne donne pas la propriété même?

— Après ces notions communes à toutes les servitudes, nous pouvons étudier en détail les différentes classes de servitudes.

I. DES SERVITUDES PRÉDIALES OU RÉELLES.

Une servitude prédiale existe sur un immeuble au profit d'un autre immeuble. Elle suppose nécessairement deux immeubles qui

(1) L. 15 § 1, D., *De servit.* (8, 1).

n'appartiennent pas au même propriétaire (1). Le propriétaire de l'un (du fonds dominant) a plus et le propriétaire de l'autre (du fonds servant) a moins que ne comporte le droit commun de la propriété : tandis que le *dominium* du premier reçoit une certaine extension, le *dominium* de l'autre subit par là même une certaine restriction.

Nous trouvons en cette matière trois principes généraux sur lesquels il importe avant tout de se faire une idée bien exacte.

1° La servitude doit procurer utilité ou agrément au propriétaire du fonds dominant. Il faut que ce fonds, considéré en lui-même et abstraction faite de la personne à laquelle il appartient pour le moment, se trouve, en raison de la servitude, avoir une valeur plus grande. C'est ce que les Romains expriment très-bien quand ils disent que la servitude constitue une qualité du fonds : *quid aliud sunt jura prœdiorum quàm prœdia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo* (2)? Il ne saurait y avoir servitude prédiale si l'utilité ou l'agrément existe seulement pour telle personne d'après ses goûts particuliers ou d'après ses occupations habituelles, s'il s'agit d'un avantage qui ne suppose aucunement que le titulaire a un immeuble. *Ut pomum decerpere liceat,* dit Paul, *ut spatiari, ut cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest* (3). Réciproquement, supposez que le propriétaire d'un fonds soit aveugle : il pourra parfaitement acquérir à son fonds la servitude de prospect, bien que lui personnellement ne soit pas en état d'en profiter : le fonds lui-même en vaudrà mieux, il sera plus agréable. — Bien entendu, un fonds peut être grevé de certaines charges *en faveur de la personne*, par exemple d'un droit de chasse : nous disons seulement qu'il ne saurait y avoir là matière à servitude prédiale.

2° La servitude prédiale suppose une *causa perpetua*. Que devons-nous entendre par là? Un état de choses naturel et permanent, tel que la servitude peut être exercée indépendamment d'un

(1) Inst., § 3 *De servit.* (II, 3).

(2) Celsus, L. 86, D., *De verb. signif.*

(3) L. 8 pr., D., *De servit.* — Les rédacteurs du Code Napoléon expriment la même idée lorsqu'ils disent (art. 686) que la servitude ne doit pas être imposée en faveur de la personne.

travail du propriétaire du fonds servant, et tel que l'exercice actuel ne rende pas impossible l'exercice futur. Voici un texte de Paul dans lequel je trouve l'application de cette idée : *Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causâ, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. Hoc ità verum est si in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat : neque enim perpetuam causam habet quod manu fit. At quod ex cœlo cadit, etsi non assiduè fit, ex naturali tamen causâ fit, et ideò perpetuò fieri existimatur.— Omnes autem servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent, et ideò neque ex lacu neque ex stagno concedi aquæductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet* (1). Paul suppose, au commencement de ce texte, que l'un des murs qui entourent une salle est percé d'un trou par où s'échappe l'eau employée à laver le *pavimentum :* le voisin peut-il acquérir, comme servitude prédiale, un droit à l'eau qui s'écoule par ce *foramen* et qui lui serait utile par exemple pour arroser son jardin? Il ne le peut pas, dit le jurisconsulte, si l'eau a dû être apportée dans la salle, parce qu'alors il faut supposer un travail actuel de l'homme; il le pourrait très-bien au contraire s'il s'agissait d'eau de pluie qui se trouve recueillie dans un réservoir à mesure qu'elle tombe du ciel, de telle sorte qu'on n'a besoin que d'ouvrir ce réservoir quand on veut laver le *pavimentum.* Cette espèce et la distinction de Paul montrent bien ce que les Romains voulaient exprimer par la *perpetua causa* (2).

On dit souvent que la nécessité de la *causa perpetua* a été supprimée peu à peu par le Préteur et par les Constitutions impériales. Mais cette idée ne me paraît pas justifiée par les textes qu'on invoque. Le premier de ces textes est ainsi conçu : *Servitus aquæ ducendæ vel hauriendæ, nisi ex capite vel ex fonte, constitui non potest; hodiè tamen ex quocumque loco constitui solet* (3). Cela ne me paraît avoir aucun rapport à la *causa perpetua.* Le jurisconsulte veut dire simplement qu'on a fini par admettre que la servitude pouvait être exercée, non pas seulement à la source même du

(1) L. 28, D., *De servit. præd. urban.* (8, 2).
(2) J'entends cette L. 28 comme M. de Vangerow, *Lehrbuch,* t. I, § 340.
(3) Paul, L. 9, D., *De servit. præd. rustic.*

flumen, mais à un point quelconque de son cours. — Dans un autre texte nous lisons ce qui suit : *De aquâ per rotam tollendâ ex flumine, vel hauriendâ, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam dubitaverunt ne hæ servitutes non essent. Sed rescripto imperatoris Antonini ad Tullianum adjicitur, licet servitus iure non valuit, si tamen hâc lege comparavit seu alio quocumque legitimo modo sibi hoc jus adquisivit, tuendum esse eum qui hoc jus possedit* (1). Dans les cas supposés ici, on pouvait soutenir que la servitude était nulle comme consistant à exiger un fait de la part du propriétaire du fonds servant ; tout ce que décide l'empereur Antonin Caracalla, c'est qu'il faut admettre, suivant les circonstances, l'existence d'un droit de servitude ou de quelque chose d'équivalent, lors même que l'exercice de ce droit suppose nécessairement certains travaux accomplis par le propriétaire du fonds servant.

3° Toute servitude prédiale est indivisible. Evidemment cela ne signifie pas que l'avantage qui résulte de la servitude soit toujours et essentiellement indivisible. Le propriétaire du fonds Cornélien a le droit de puiser une certaine quantité d'eau à la source qui sort du fonds Sempronien ; rien n'est divisible comme une quantité d'eau. Toute servitude prédiale est indivisible en ce sens qu'il est impossible de comprendre qu'une servitude de cette espèce existe au profit d'une part indivise ou à la charge d'une part indivise. Lorsqu'un fonds appartient par indivis à Primus et à Secundus, on ne comprend pas que la part de Primus ait une qualité, bonne ou mauvaise, que n'aurait pas la part de Secundus : une servitude, étant une qualité du fonds, ne saurait affecter la part de Primus sans affecter celle de Secundus. Ulpien exprime un des côtés de la règle lorsqu'il dit : *Unus ex dominis communium ædium servitutem imponere non potest* (2). Une autre conséquence de la règle, c'est que, si le fonds au profit duquel existe une servitude appartient par indivis à deux personnes, par le fait de l'une d'elles la servitude, qui évidemment ne peut pas s'éteindre pour le tout, ne peut pas non plus s'éteindre pour sa part. Enfin

(1) Ulpien, L. 2, D., *Communia præd.* (8, 4).
(2) L. 2, D., *De servit.* (8, 1). Comp. ce que dit le même Ulpien, L. 6 § 1 *Communia præd.*

Paul raisonne toujours dans le même ordre d'idées, lorsqu'il dit : *Si prædium tuum mihi serviat, sive ego partis prædii tui dominus esse cœpero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterit* (1).

On distingue deux grandes classes de servitudes prédiales, savoir : les *jura prædiorum rusticorum* et les *jura prædiorum urbanorum* (2), ou, plus brièvement, les *servitutes rusticæ* et les *servitutes urbanæ* (3).

Les Institutes définissent seulement les servitudes urbaines. *Prædiorum urbanorum servitutes sunt quæ ædificiis inhærent : ideò urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia* URBANA PRÆDIA *appellamus, etsi in villâ ædificata sint* (4). — Nous remarquerons, en passant, que cette expression *urbana prædia* n'a pas absolument le même sens dans les différentes matières de droit où elle est employée. Ici, en matière de servitudes, toute espèce de construction est un *prædium urbanum*. Au contraire, quand il s'agit d'interpréter le Sénatusconsulte qui défend d'aliéner sans un décret les *prædia rustica* appartenant à un mineur de 25 ans, on ne rangerait certainement point parmi les *prædia urbana* la maison qui dépend d'une exploitation agricole.

Dire que les servitudes urbaines *ædificiis inhærent*, assurément ce n'est pas s'exprimer en termes bien clairs. Le même reproche peut être adressé à Paul, qui dit que ces servitudes *in superficie consistunt* (5). Dirons-nous que la servitude est urbaine ou qu'elle est rustique suivant qu'elle existe au profit d'un bâtiment ou au profit d'un terrain? Les jurisconsultes romains ne paraissent pas s'être arrêtés à cette idée (6). En effet, la servitude de passage nous est toujours présentée comme étant une servitude rustique, sans distinguer si elle est établie au profit d'un bâtiment ou au

(1) L. 8 § 1, D., *De servit.*
(2) Inst., § 3 *De reb. incorp.*
(3) Ulpien, L. 1, D., *Si serv. vindic.* (8, 5).
(4) § 1 *De servit.* (II, 3).
(5) L. 3, D., *De servit.*
(6) Elle a été consacrée par les rédacteurs du Code Napoléon, art. 687.

profit d'un fonds de terre. Encore bien moins devrons-nous nous attacher, pour déterminer la nature de la servitude, au caractère du fonds servant : nous voyons, en effet, que la servitude de gouttière, le *jus stillicidii avertendi in aream,* est une servitude urbaine, quoique le fonds servant soit un terrain non bâti (1). — Ce qui me paraît le plus probable, c'est que les Romains étaient arrivés à la règle suivante : « Toute servitude à laquelle vous ne pouvez songer sans que l'idée de construction se présente à votre esprit est une servitude urbaine, lors même qu'il n'existe pour le moment aucune construction ; au contraire, est rustique la servitude que vous pouvez concevoir sans qu'elle appelle nécessairement dans votre esprit l'idée de construction. »

— Y a-t-il véritable intérêt pratique à savoir si telle servitude est urbaine ou rurale? Oui, et même à plusieurs points de vue.

1° Les servitudes urbaines, comme en général les choses incorporelles, sont *res nec mancipi ;* au contraire les servitudes rustiques sont *res mancipi* (2). Il en résulte notamment que je puis, au moyen d'une mancipation, constituer sur mon fonds et au profit du vôtre une servitude rustique, et non une servitude urbaine.

2° Une servitude rustique s'éteint par cela seul qu'on est resté un certain temps sans l'exercer, *non utendo tollitur.* La servitude urbaine, qui en général a un caractère de continuité, qui peut s'exercer sans le fait actuel de l'homme, ne s'éteint point par le simple non-usage : il faut que le propriétaire du fonds servant usucape la liberté de son fonds, il faut qu'il fasse un acte contraire à la servitude et que les choses restent un certain temps dans cet état (3).

3° Le propriétaire d'un fonds dominant ne peut jamais engager ou hypothéquer isolément, c'est-à-dire sans le fonds, le droit de servitude qui lui appartient : c'est la conséquence nécessaire de la règle que le droit de servitude, une fois constitué au profit d'un fonds, ne peut pas être détaché de ce fonds pour être appliqué à un autre. Mais alors on se demande quel peut être le sens de la différence suivante, signalée au point de vue du gage et de l'hypo-

(1) Gaius, L. 2, D., *De servit. præd. urban.;* Inst., § 1 *De servit.*
(2) Gaius, II, § 17.
(3) Gaius, L. 6, D., *De servit. præd. urban.*

thèque, entre les servitudes urbaines et les servitudes rustiques : *Jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt ; igitur nec convenire possunt ut hypothecæ sint. Sed an viæ, itineris, actûs, aquæ ductûs, pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat ; et, si intrà diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quæ sententia, propter utilitatem contrahentium, admittenda est* (1). La question examinée dans ces textes est celle de savoir si le propriétaire d'un immeuble peut convenir avec son créancier que celui-ci, non payé à l'échéance, aura le droit de constituer une servitude sur ledit immeuble au profit d'un voisin, de manière à obtenir son paiement au moyen du prix de cette constitution. Suivant Marcien, pour une servitude urbaine la convention dont il s'agit n'est pas possible ; au contraire, pour une servitude rustique, Pomponius et Paul l'admettent en raison de son utilité pratique (2). Quelle peut être la raison de la différence ? Probablement elle réside dans ce fait qu'en général une servitude urbaine à constituer sur tel immeuble ne peut pas convenir à un grand nombre de voisins : il serait à craindre que le créancier, non payé à l'échéance, s'il mettait en vente une pareille servitude, ne trouvât pas d'enchérisseurs. Au contraire, on comprend qu'une servitude de passage ou d'aqueduc sur tel fonds de terre puisse présenter une grande utilité pour un certain nombre de voisins.

Quelles sont les principales servitudes rustiques ? Avant d'en donner la liste, nous commencerons par remarquer que toutes les servitudes de cette classe, considérées au point de vue actif, sont positives, que, par conséquent, au point de vue passif, elles consistent *in patiendo*.

(1) L. 11 § 3 et L. 12, D., *De pignor. et hypoth.* (20, 1).

(2) Il peut être convenu que le créancier aura seulement le droit de constituer la servitude rustique, s'il n'est pas payé à l'échéance : c'est une convention d'hypothèque. Il peut être convenu, de plus, que le créancier, s'il a un fonds voisin, exercera lui-même la servitude jusqu'à l'échéance : c'est alors l'équivalent d'un contrat de gage, le créancier ayant la *quasi possessio* de la chose engagée.

En tête des servitudes rustiques, on nous signale toujours les quatre suivantes, qui sont certainement les plus anciennes : *iter*, *actus*, *via aquæductus* (1). Les trois premières correspondent à ce que nous appelons *la servitude de passage*. En quoi diffèrent-elles l'une de l'autre ? *Iter*, c'est le passage des personnes : la servitude *itineris* peut être définie *jus eundi ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi vel vehiculum*. Du reste, cette servitude contient même le droit de passer à cheval (2). Quant à la servitude *actûs*, c'est le droit de faire passer une bête de somme ou un chariot, *jus agendi vel jumentum vel vehiculum*. L'*actus* est plus que l'*iter :* aussi, comme le dit Justinien après Ulpien, *qui habet iter, actum non habet; qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento*. Voilà le droit commun. Mais un propriétaire ne peut-il pas avoir *actus sine itinere?* Il y a sur ce point des textes qui paraissent contradictoires. D'une part, Ulpien suppose que l'*iter* n'existe pas essentiellement à côté de l'*actus*, car il dit : *Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utitur* (3). D'autre part, suivant Paul, *qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia nunquàm actus sine itinere esse potest* (4) : si un testateur, après avoir légué la servitude *actûs*, déclare révoquer ce legs en tant qu'il contient l'*iter*, la révocation est nulle, attendu qu'il ne peut y avoir *actus sine itinere*. Pour que l'antinomie disparaisse, il suffit d'admettre que Paul, dans ce dernier texte, entend seulement par *iter* le passage de l'homme qui dirige *jumentum vel vehiculum :* si cet *iter* n'était pas permis, l'*actus* lui-même ne pourrait pas s'exercer.

Que faut-il entendre par la servitude appelée *via?* qu'y a-t-il dans cette servitude de plus que dans la servitude *actûs?* Sur ce point, le texte des Institutes laisse beaucoup à désirer sous le rapport de la clarté : *Via est jus eundi et agendi et ambulandi : nàm et iter et actum in se continet via*. Heureusement plusieurs autres textes nous permettent d'arriver à une conjecture suffisamment plausible. Ainsi, nous voyons d'abord que celui qui a la servitude *viæ* a

(1) Ulpien, L. 1 pr., D., *De serv. præd. rust.;* Inst., pr. *De servit.*
(2) Modestin, L. 12, D., *De serv. præd. rust.*
(3) L. 4 § 1, D., *Si serv. vindic.*
(4) L. 1, D., *De adim. vel transfer. leg.* (34, 4).

même le droit *trahendi lapidem aut tignum, et rectam hastam referendi, si modò fructus non lædat* (1). Nous voyons, de plus, que la *via*, à moins de disposition contraire, doit avoir la largeur *legitima*, la largeur fixée par les douze Tables, savoir : *in porrectum, octo pedes ; in anfractum, id est ubi flexum est, sedecim* (2). De tout cela je conclus que le caractère distinctif de la *via*, c'est qu'elle suppose sur le fonds servant un chemin par où elle s'exerce, tandis que celui qui a seulement *iter* ou *actus* passe comme il peut à travers le fonds servant, en ayant toujours soin de ne pas endommager les récoltes.

Enfin la servitude *aquæductûs* est le droit d'amener de l'eau à son fonds en la faisant passer par le fonds du voisin. De sa nature, cette servitude est rustique ; mais elle pourrait être urbaine, si par exemple l'eau était destinée exclusivement à l'usage des personnes qui habitent une maison (3). — A moins de conventions contraires, le propriétaire du fonds à qui appartient la servitude *aquæductûs* ne peut avoir sur le fonds servant que de simples tuyaux ; il ne pourrait pas établir un canal en pierres (4).

— Les Institutes, après Ulpien, indiquent encore comme servitudes rustiques : le droit de puisage, le droit d'abreuver son troupeau, le droit de le faire paître, le droit de cuire de la chaux et le droit de tirer du sable (5). Entre la servitude *aquæductûs* et la servitude *aquæ haustûs* Paul signale la différence suivante, qui, d'après la remarque qu'il fait lui-même, est plus théorique que pratique : *Publico loco interveniente, vel viâ publicâ, haustûs servitus imponi potest, aquæ ductûs non potest ; a Principe autem peti solet ut per viam publicam, aquam ducere sine incommodo publico liceat* (6). Il est à remarquer, du reste, que les Romains considéraient l'une et l'autre de ces servitudes comme étant discontinues, en ce sens que

(1) Paul, L. 7 pr., D., *De serv. præd. rust.*
(2) Gaius, L. 8, et Javolenus, L. 13 § 2, D., *De serv. præd. rust.* Voy. aussi Paul, L. 23 pr. *eod. Tit.*
(3) L. 11 § 1, D., *De public. in rem act.* (6, 2). M. de Vangerow donne une autre explication de ce texte.
(4) L. 17 § 1, D., *De aquâ et aquæ pluviæ arc.* (39, 3).
(5) Ulpien, L. 1 § 1, D., *De serv. præd. rust.*; Inst., § 2 *De servit.*
(6) L. 14 § 2, D., *De servit.*

toutes deux pouvaient également s'éteindre par le simple non-usage (1). Cependant les jurisconsultes romains eux-mêmes, supposant que l'eau coule *suâ sponte*, admettent que la servitude d'aqueduc se trouve conservée (2) ; or il est bien évident que l'eau ne peut jamais être puisée *suâ sponte*. Il y a donc manifestement une différence entre les deux espèces de servitudes.

Si nous passons maintenant aux servitudes urbaines, nous pouvons remarquer tout d'abord que, considérées au point de vue actif, les unes sont positives, consistent *in habendo,* tandis que les autres sont négatives, consistent *in prohibendo*. Cela revient à dire que, considérées au point de vue passif, du côté du propriétaire du fonds servant, les unes consistent *in patiendo,* les autres *in non faciendo*.

Les Institutes nous citent, comme exemples de servitudes urbaines: la servitude *oneris ferendi*, la servitude *tigni immittendi,* la servitude *stillicidii vel fluminis recipiendi vel non recipiendi*, enfin la servitude *non altius tollendi* (3).

Reprenons successivement ces différentes servitudes.

Oneris ferendi. J'ai le droit d'appuyer mon bâtiment sur la maison du voisin. Cette servitude a un caractère tout à fait particulier : le propriétaire du fonds servant est tenu *ad faciendum* , il doit entretenir son mur en état de supporter le bâtiment. Cette particularité tient sans doute à la formule qu'on employait anciennement quand on constituait la servitude dont il s'agit : *Paries oneri ferendo, uti nunc est, itâ sit* (4).

Tigni immittendi. J'ai le droit de faire entrer ma poutre dans le

(1) Chez nous, au contraire, la servitude de puisage est bien considérée comme discontinue, mais non la servitude d'aqueduc.

(2) Celsus, L. 12, D., *Quemadm. servit. amitt.* (8, 6).

(3) Inst., § 1 *De servit.*

(4) Paul, L. 33, D., *De serv. præd. urb.;* Ulpien, L. 6 § 2, D., *Si serv. vindic.* — Chez nous, dans aucun cas, le propriétaire du fonds servant n'est tenu de plein droit *ad faciendum;* mais il peut toujours être chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude. Du reste, en droit français comme en droit romain, il peut s'affranchir de la charge en abandonnant le fonds assujetti (C. Nap., art. 698 et 699).

mur du voisin. Du reste, ici le voisin n'est pas tenu *ad faciendum*, comme dans le cas précédent.

Stillicidii vel fluminis recipiendi ou *avertendi*. Cette servitude existe lorsque le propriétaire d'une maison a le droit d'envoyer chez le voisin l'eau qui tombe sur son toit. Il y a *stillicidium* lorsque l'eau coule librement et goutte à goutte de mon toit sur le fonds du voisin ; et il y a *flumen* lorsque, réunie sur mon toit au moyen d'une gouttière, elle tombe par un ou deux trous en masse un peu considérable. On emploie le verbe *avertere* ou le verbe *recipere* suivant que l'on considère la servitude comme un droit ou comme une charge : le propriétaire du fonds dominant *avertit*, le propriétaire du fonds servant *recipit*. L'eau ici est regardée comme un embarras, tandis que dans d'autres cas elle est regardée comme un avantage.

Stillicidii vel fluminis non recipiendi. En quoi peut consister cette servitude ? Plusieurs explications ont été présentées. Suivant Pothier, il s'agirait du droit acquis par moi de contraindre mon voisin à ne pas garder chez lui ses eaux pluviales, mais à les envoyer sur mon fonds (1). Cette explication me paraît inadmissible, parce que le propriétaire du fonds servant serait alors tenu *ad faciendum*. — D'autres ont imaginé de dire que, dans certaines villes, d'après des statuts locaux, le droit commun était la nécessité pour tout propriétaire de recevoir chez lui les eaux pluviales tombées sur le toit de son voisin ; alors, si par un arrangement avec mon voisin je m'affranchis de cette nécessité de recevoir ses eaux pluviales, j'acquiers par là même un droit de servitude sur son fonds, le *jus stillicidii vel fluminis non recipiendi*. Mais nous n'avons aucune trace de statuts locaux de cette espèce, et ils constitueraient quelque chose de si bizarre que je crois bien qu'ils n'ont jamais existé nulle part. — Théophile, dans sa *Paraphrase*, entend le *jus stillicidii vel fluminis non recipiendi* du cas où, mon fonds étant grevé de la servitude *stillicidii vel fluminis recipiendi*, je le libère de cette charge. Mais, dira-t-on, en cas pareil il y a extinction d'une servitude, par conséquent retour au droit commun ; il n'y a pas création d'une servitude particulière ! Cela est vrai si nous supposons l'extinction

(1) *Pandectæ Justinianeæ*, Tit. *De servit. præd. urb.*, n° XI.

pure et simple, l'extinction complète de la servitude *stillicidii vel fluminis recipiendi*. Mais nous pouvons supposer que j'ai obtenu du voisin une certaine modification, qui m'est peut-être très-avantageuse, à l'état de choses résultant de cette servitude. Ma propriété, grevée d'une servitude, avait une qualité mauvaise ; ne pouvant supprimer radicalement cette qualité mauvaise, je la paralyse en partie : alors n'est-il pas exact de dire que j'améliore ma propriété, que je lui acquiers un droit de servitude, puisque je puis maintenant empêcher le voisin de me causer tout le dommage résultant de son *jus stillicidii vel fluminis avertendi?* En un mot, la servitude *stillicidii non recipiendi* jouerait par rapport à la servitude *stillicidii recipiendi* à peu près le même rôle que joue une exception par rapport à une action.

Non altius tollendi. Un propriétaire est tenu de ne pas élever au-delà de la hauteur actuelle les constructions qu'il a sur son fonds, *ne luminibus vicini officiatur* (1). — Au Digeste, la servitude *ne luminibus officiatur* paraît être considérée comme étant un droit distinct, un peu plus étendu que la servitude *non altius tollendi* : celle-ci s'applique seulement aux constructions, tandis que l'autre s'applique même aux plantations (2). Il faut également distinguer la servitude *ne luminibus officiatur* et la servitude *ne prospectui offendatur* (3).

Comme à côté de la servitude *stillicidii recipiendi* nous avons trouvé la servitude *stillicidii non recipiendi*, de même à côté de la servitude *non altius tollendi* nous trouvons la servitude *altius tollendi* (4). Les mêmes explications qu'on propose pour la servitude *stillicidii non recipiendi* sont proposées ici pour la servitude *altius tollendi*. Seulement, Pothier n'ose pas dire qu'en vertu de cette dernière servitude un propriétaire est tenu d'exhausser sa maison, à l'effet de procurer de l'ombre au voisin. Pothier lui-même sup-

(1) Inst., § 1 *in fine De servit.*

(2) Ulpien, L. 17 pr. et § 2, D., *De serv. præd. urb.* Voy. aussi Pomponius, L. 23 pr. *eod. tit.*

(3) Ulpien, L. 15, D., *De serv. præd. urb.*

(4) Inst., § 2 *De action.* (IV, 6). — Un texte attribué à Neratius, la L. 2 pr., D., *De serv. præd. rust.*, voit dans la servitude *altius tollendi* une servitude rustique; ce texte a probablement été altéré.

pose qu'il s'agit d'un propriétaire qui, par suite d'un arrangement avec son voisin, peut élever sa maison au-delà de la hauteur commune fixée par le statut local. Cette explication ne manque pas de vraisemblance, attendu que nous savons qu'il existait effectivement des règlements locaux de cette espèce (1). Mais il me paraît difficile d'admettre que des règlements semblables, qui sans doute étaient faits dans un intérêt public, pussent être mis de côté par suite d'arrangements conclus entre de simples particuliers. Je suis donc disposé à considérer la servitude *altius tollendi* comme le droit acquis par un propriétaire d'élever dans une certaine mesure sa construction grevée de la servitude *non altius tollendi*. Ma propriété existe avec une qualité mauvaise : je lui communique une qualité utile. Voici un texte d'Africain qui cadre très-bien avec cette idée : *Egi tecum* JUS MIHI ESSE ÆDES MEAS USQUE AD DECEM PEDES ALTIUS TOLLERE; *post ago* JUS MIHI ESSE ALTIUS TOLLERE USQUE AD VIGINTI PEDES : *exceptio rei judicatæ procul dubio obstabit*..... (2).

Quelques mots seulement sur la servitude *luminum*, qui n'est pas mentionnée aux Institutes. *Luminum servitute constitutâ*, dit Paul, *id adquisitum videtur ut vicinus lumina nostra excipiat* (3). Dans l'opinion la plus générale, cette servitude se confond avec le *jus luminis immittendi* que mentionne ailleurs le même jurisconsulte Paul (4). Il s'agit du droit que j'ai, à titre de servitude, d'ouvrir des jours dans un mur où *jure communi* il ne m'est pas permis d'en ouvrir. Or cela ne m'est pas permis quand il s'agit d'un mur qui appartient à mon voisin ou d'un mur mitoyen; même dans mon mur, s'il est distant du voisin de moins de dix pieds, l'empereur Zénon pose en principe que je ne puis pas avoir des jours (5).

Comment s'établissent les servitudes prédiales?

Les servitudes prédiales s'établissent toujours par voie de *trans-*

(1) Voy. notamment Zénon, L. 12 §§ 1 et 4, C., *De ædif. priv.* (8, 10).
(2) L. 26 pr., D., *De except. rei judic.* (44, 2).
(3) L. 4, D., *De serv. præd. urb.*
(4) L. 40 *eod. Tit.*
(5) L. 12 § 3, C., *De ædif. priv.* (8, 10).

latio ou par voie de *deductio*. Il y a *translatio* lorsque je grève mon fonds d'un droit de servitude au profit du voisin ; il y a *deductio* lorsque, en aliénant un de mes fonds, je réserve sur ce fonds qui cesse de m'appartenir un droit de servitude au profit d'un autre fonds que je garde.

En se plaçant à un autre point de vue, on dira que les servitudes s'établissent soit *mortis causâ*, soit *inter vivos*.

I. *Mortis causâ :* les servitudes peuvent s'établir par testament. Par exemple, un testateur me lègue le droit d'empêcher son héritier d'exhausser sa maison *ne luminibus ædium mearum officiat*, le droit d'appuyer ma poutre sur son mur ou de laisser tomber ma gouttière sur son terrain, le droit de passer ou de faire passer de l'eau par son fonds (1). Dans tous ces cas, il y a *translatio*. Il peut aussi y avoir *deductio*, lorsque le testateur, en me léguant la propriété du fonds Cornélien, ajoute que ce fonds sera grevé d'une servitude au profit du fonds Sempronien, qui reste à l'héritier (2).

II. *Inter vivos*. Je puis *transferre servitutem vicino*, soit par *in jure cessio*, soit, quand il s'agit d'une servitude rustique, par mancipation (3). — La femme en tutelle ne pouvant aliéner aucune *res mancipi* sans l'autorisation de son tuteur, on comprend qu'elle ne pouvait pas grever son fonds d'une servitude rustique. Mais elle ne pouvait pas davantage constituer une servitude urbaine, parce que l'*in jure cessio*, comme *actus legitimus*, lui était interdit (4).

Celui qui, ayant deux fonds voisins, aliène l'un d'eux par mancipation ou par *in jure cessio*, celui-là peut toujours *deducere servitutem, tàm urbanam quàm rusticam*, au profit du fonds qu'il garde. La servitude urbaine, qui ne peut pas être *translata mancipatione*, peut, aussi bien que la servitude rustique, être *deducta in fundo mancipato* (5).

Dans l'action en partage, le juge peut constituer une servitude prédiale, au moyen de son *adjudicatio :* la servitude existera sur

(1) Gaius, L. 16, D., *Communia præd.;* Inst., § 4 *in fine De servit.*

(2) Pomponius, L. 19 pr., D., *De usufr.* (7, 1).

(3) Gaius, II, § 29.

(4) *Fragm. d'Ulpien*, XI, § 27; *Fragm. du Vatican*, § 45.

(5) Voy. Gaius, L. 3, D., *Communia præd.* Comp. le même Gaius, Comment. II, § 33.

l'immeuble ou sur la portion divise d'immeuble qu'il met dans le lot de Primus, au profit de l'immeuble ou de la portion divise d'immeuble qu'il met dans le lot de Secundus. Mais le juge ne pourrait pas rendre dominant ou servant un fonds non compris dans l'indivision sur laquelle il est appelé à statuer (1).

Il paraît que, dans l'ancien droit, les servitudes prédiales, ou du moins certaines d'entre elles, pouvaient s'acquérir par usucapion, par une *quasi-possessio* prolongée. « Mais, dit Paul, *eam usucapionem sustulit lex Scribonia quæ servitutem constituebat* » (2). Nous ne connaissons pas la date de cette loi Scribonia. Gaius disait déjà : *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est* (3). Du reste, comme le remarque très-justement Ulpien, la loi Scribonia ne s'oppose point à ce que celui qui acquiert par usucapion la propriété d'un immeuble acquière en même temps les servitudes qui peuvent appartenir à cet immeuble : *Hoc jure utimur*, dit-il, *ut servitutes per se nusquàm longo tempore capi possint, cum ædificiis possint* (4). — Cependant Paul semble admettre que le propriétaire qui a perdu par non-usage la servitude d'aqueduc ou la servitude de puisage, peut la recouvrer par usucapion : *Servitus hauriendæ aquæ vel ducendæ, biennio omissa, intercidit, et, biennio usurpata, recipitur* (5).

— Nous savons comment les servitudes s'établissent *jure civili*. Ne peuvent-elles pas quelquefois se trouver établies *jure prætorio ?*

Le droit prétorien admet qu'une servitude peut être acquise *quasi traditione, patientiâ,* lorsque mon voisin me met à même de l'exercer sur son fonds : *Traditio planè,* dit Ulpien, *et patientia servitutum inducet officium Prætoris* (6). Du reste, nous avons la preuve que cette acquisition prétorienne n'était pas encore reconnue sous les premiers empereurs : *Quotiens via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo* PER TE NON FIERI QUO-

(1) Ulpien, L. 7 § 1, et Javolenus, L. 18, D., *Communi divid.* (10, 3).
(2) Paul, L. 4 § 29, D., *De usurpat.* (41, 3).
(3) L. 43 § 1, *De adq. rer. dom.*
(4) L. 10 § 1, D., *De usurpat.*
(5) *Sentences*, I, XVII, § 2.
(6) L. 1 § 2, D., *De serv. præd. rust.*

MINUS EO JURE UTI POSSIT, *quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto,* ajoute Javolenus, *usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse* (1). Ainsi, quand j'achète du voisin une servitude sur son fonds, suivant Labéon, le droit qui résulte pour moi de cet achat ne peut pas être réalisé au moyen d'une tradition, et il faudra y suppléer par l'engagement que prendra mon vendeur de ne pas me troubler dans l'exercice de la servitude. Au contraire, Javolenus, qui vivait sous Trajan, admet que l'exercice de la servitude équivaut pour moi à une tradition que m'aurait faite le vendeur.

Si le propriétaire de deux fonds fait tradition de l'un dans l'intention de l'aliéner, il peut *deducere servitutem* au profit du fonds qu'il garde. Cela est dit dans un texte qui figure, au Digeste, sous le nom d'Ulpien (2). Sans doute il est possible que les compilateurs de Justinien aient parlé de tradition là où le jurisconsulte avait parlé de *mancipatio* ou d'*in jure cessio;* mais il est probable que le Préteur maintenait effectivement la servitude ainsi *deducta in traditione.*

— Sur les fonds provinciaux, de même qu'il ne peut pas y avoir, au profit d'un particulier, véritable *dominium*, de même il ne peut pas y avoir véritable servitude. Mais on était arrivé à constituer à peu près l'équivalent des servitudes : *In provincialibus prædiis,* dit Gaius, *si quis jus eundi, agendi aquamve ducendi, vel altius tollendi ædes, aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, cœteraque similia jura, constituere velit, pactionibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem prædia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt* (3). Ce qui dans l'ancien droit s'appliquait aux fonds provinciaux s'applique, dans le droit de Justinien, à tous les immeubles, en quelque lieu qu'ils soient situés : *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet* (4). Voici, en deux mots, comment je comprends ces pactes et stipulations : Le propriétaire du fonds A convient avec le propriétaire du fonds B qu'il pourra passer sur le fonds B (voilà le pacte); puis il stipule

(1) L. 20, D., *De servit.*
(2) L. 6 pr. *Communia præd.*
(3) Comment. II, § 31.
(4) Inst., § 4 *De servit.*

du propriétaire du fonds B que ce propriétaire ne l'empêchera pas de passer, et qu'en cas de contravention il lui paiera une somme de..... (voilà la stipulation). Du reste, à propos de l'usufruit, je reviendrai avec détails sur cette matière.

Sur un fonds provincial, je puis encore acquérir *quasi-servitutem* au moyen de la tradition, lorsque vous me permettez d'exercer tel ou tel droit sur votre fonds (1). — De même, au moyen de la *præscriptio longi temporis*, lorsque, peut-être sans avoir aucune *justa causa*, j'ai exercé pendant longtemps un droit de servitude (2).

— Nous rechercherons un peu plus loin si les Romains admettaient la destination du père de famille comme valant établissement de servitude.

— Aux modes de constitution des servitudes que nous avons reconnus est-il possible d'apposer une modalité?

Il y a ici deux choses bien distinctes à considérer, savoir : 1° le droit de servitude, en lui-même; 2° le mode employé pour le constituer. La servitude, en elle-même, est perpétuelle, comme le fonds dont elle est un accessoire, une qualité; et le droit civil s'attache rigoureusement à cette idée : ainsi, en droit civil, une servitude ne peut pas être établie de manière que la durée en soit limitée. Quant au mode employé pour constituer la servitude, il est certain que, s'il s'agit d'une *mancipatio*, d'une *in jure cessio*, d'une *adjudicatio*, l'apposition d'une modalité tendant à reculer la naissance du droit (*dies* ou *conditio ex quâ*) emporterait nullité complète de l'opération; au contraire, la modalité tendant à produire l'extinction du droit (*conditio* ou *dies ad quam*) pourrait être ajoutée utilement. C'est du moins ce que nous pouvons conclure de ce qu'on décide au sujet de l'usufruit (3).

L'observation qui précède nous permettra de comprendre ce que dit Papinien : *Servitutes ipso quidem jure, neque ex tempore neque ad tempus, neque sub conditione neque ad certam conditionem* (*verbi*

(1) Alexandre, L. 3, C., *De servit. et aquâ* (3, 34).
(2) Ulpien, L. 10 pr., D., *Si serv. vindic.*; Antonin Caracalla, LL. 1 et 2, C., *De servit.*; Justinien, L. 12 *in fine*, C., *De præscr. longi temp.* (7, 33).
(3) *Fragm. du Vatican*, §§ 48-50.

gratiâ, QUAMDIU VOLAM) *constitui possunt. Sed tamen, si hæc adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur, contrà placita servitutem vindicanti.....* (1). Je crois que Papinien fait abstraction ici du mode de constitution, ou plutôt qu'il raisonne dans l'hypothèse d'un mode de constitution qui, comme le legs, admet toute espèce de modalités. — Si la servitude prédiale, en droit civil, ne comporte ni le terme ni la condition, elle comporte au contraire très-bien ce qu'on appelle proprement le *modus*. Papinien, en effet, continue ainsi : *Modum adjici servitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur vel non agatur, veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur. Intervalla dierum et horarum, non ad temporis causam, sed ad modum pertinent jure constitutæ servitutis* (2). Du temps des jurisconsultes, cette distinction entre le *dies* et le *modus* devait avoir une assez grande importance pratique. Si j'ai acquis une servitude *usque ad certum diem*, et que je sois dans le cas, avant l'expiration du terme, d'intenter une action pour faire reconnaître à mon profit l'existence de cette servitude, je n'ai nul besoin de mentionner le terme dans l'*intentio* de ma formule; le *modus*, au contraire, doit être exprimé, sans quoi j'encourrais la plus-pétition (3).

Comment s'éteignent les servitudes prédiales? Voici cinq modes d'extinction, que reconnaît le droit civil :

1° La *confusion*, c'est-à-dire la circonstance que les deux fonds entre lesquels existe la servitude se trouvent appartenir à un seul et même propriétaire (4). Il faut que le propriétaire de l'un des deux fonds devienne l'unique propriétaire de l'autre : s'il en acquérait seulement une part indivise, on appliquerait la règle *servitus per partes retinetur* (5). — Si les deux fonds réunis entre les mains d'un seul propriétaire sont séparés de nouveau, la servitude éteinte par confusion va-t-elle renaître *ipso jure?* Non : les Romains, en principe, n'admettent pas l'établissement des servitudes

(1) L. 4 pr., D., *De servit.*
(2) Même L. 4, §§ 1 et 2.
(3) *Fragm. du Vatican*, § 53.
(4) Gaius, L. 1, D., *Quemadm. servit. am.* (8, 6).
(5) Voy., ci-dessus, p. 497 et 498.

par la destination du père de famille : *Si quis ædes, quæ suis ædibus serviunt cùm emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est; et, si rursùs vendere vult, nominatim imponenda servitus est; alioquin liberæ veniunt* (1). Un texte curieux de Julien fournit encore en ce sens un argument *a contrario* (2).

2° La *résolution* du droit de celui qui a constitué la servitude. Mais, à l'inverse, la résolution du droit de celui qui s'est fait concéder la servitude laisserait subsister cette servitude : *Heres, cùm legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes : extinguentur, si legati conditio existat. Videamus an adquisitæ sequantur legatarium; et magis dicendum est ut sequantur* (3).

3° La *remise*, expresse ou tacite, que le propriétaire du fonds dominant fait de son droit de servitude. Dans l'ancien droit, cette remise se faisait habituellement au moyen d'une *in jure cessio*, d'un procès fictif. De même que pour établir la servitude on emploie le simulacre d'une action confessoire intentée par celui qui veut l'acquérir, de même pour l'éteindre on emploie le simulacre d'une action négatoire intentée par celui qui veut en dégrever son immeuble (4).

4° Le *non-usage : Viam, iter, actum, aquæductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur* (5). Sous Justinien, il ne suffit plus que le non-usage ait duré deux ans : le délai de deux ans est remplacé, comme nous le verrons un peu plus loin, par le délai de la *præscriptio longi temporis*, qui est de dix ou vingt ans. — Nous savons déjà que les servitudes urbaines ne s'éteignent pas par le simple non-usage : pour elles, il faut, de la part du propriétaire du fonds servant, une *usucapio libertatis* (6). — Relativement aux servitudes susceptibles de se perdre par le non-usage, il faut bien remarquer que les actes d'exercice qui les empêcheront de périr ne doivent pas nécessairement émaner du propriétaire du fonds

(1) Paul, L. 30 pr., D., *De serv. præd. urb.*
(2) L. 31, D., *De serv. præd. rust.*
(3) Marcellus, L. 11 § 1, D., *Quemadm. serv. am.*
(4) Sur ces actions confessoire et négatoire, voy., Inst., § 2 *De action.*
(5) *Sent. de Paul*, I, XVII, § 1.
(6) Ci-dessus, p. 499. Sur l'*usucapio libertatis*, voy. particulièrement Julien, L. 32, D., *De serv. præd. urb.*

dominant : même venant d'un possesseur de mauvaise foi, ces actes d'exercice conserveront la servitude (1). — Dans la rigueur des principes, si le non-usage n'était point imputable à faute, s'il était le résultat d'une force majeure, comme par exemple quand la source à laquelle j'ai le droit de puiser reste plusieurs années sans donner d'eau, la servitude n'en serait pas moins éteinte. Nous voyons seulement que, dans un cas de ce genre, l'empereur pouvait venir au secours du propriétaire du fonds dominant (2).

5° Il est évident que la servitude s'éteint lorsque le fonds dominant ou le fonds servant périt ou est transformé de telle sorte que la servitude ne puisse plus être exercée. Toutefois, en cas de démolition de la maison en faveur de laquelle ou à la charge de laquelle existait la servitude, si la maison est reconstruite, la servitude subsistera. En matière d'usufruit, comme nous le verrons, on est plus rigoureux (3).

Je rappelle que la servitude peut s'éteindre *jure prætorio* par l'échéance d'un terme ou par l'arrivée d'une condition.

II. DES SERVITUDES PERSONNELLES.

De l'usufruit.

De toutes les servitudes personnelles, c'est-à-dire établies au profit d'une personne déterminée, l'usufruit est certainement la plus importante, soit au point de vue de l'étendue des droits qui en résultent, soit au point de vue de la fréquente application pratique des règles qui s'y rapportent.

Les Institutes définissent l'usufruit : *jus alienis rebus utendi fruendi, salvâ rerum substantiâ* (4). Ainsi l'usufruitier a le *jus utendi*, c'est-à-dire le droit de se servir de la chose suivant sa nature, et le *jus fruendi*, c'est-à-dire le droit de prendre les fruits,

(1) Celsus, L. 12; Scævola et Paul, LL. 20 et suiv., D., *Quemadm. serv. am.*

(2) Papinien, L. 34 § 1, D., *De serv. præd. rust.* Voy. aussi le rescrit impérial, rapporté dans la Loi suivante.

(3) Paul, L. 20 § 2, D., *De serv. præd. urb.*

(4) Pr. *De usufr.* (II, 4).

les produits qu'elle est destinée à fournir périodiquement. Comme ce sont là les principaux avantages que procure le droit de propriété lui-même, il a fallu fixer à l'usufruit une durée restreinte : autrement, si l'usufruit avait dû se prolonger indéfiniment, le propriétaire n'aurait eu qu'un droit nominal, sans aucun émolument. Cette idée si simple est exprimée plusieurs fois par les rédacteurs des Institutes. Ils disent d'abord, après Gaius : *Ne in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum et ad proprietatem reverti* (1). Ils ajoutent, un peu plus loin, que, quand l'usufruit finit, c'est toujours le propriétaire qui en profite (2).

Le propriétaire peut bien avoir le droit d'user et de jouir de sa chose; mais nous ne dirons pas qu'il ait le droit d'usufruit. Le droit d'usufruit, comme l'indique la définition même donnée aux Institutes, ne peut exister que sur une *res aliena*. Le droit d'usufruit est une servitude ; or, *nemini res sua servit*. Ce n'est point là une pure affaire de langage : nous verrons que le droit d'user et de jouir d'une chose n'est point soumis aux mêmes règles suivant qu'il appartient au propriétaire même de la chose ou à un usufruitier. — Cette idée que le propriétaire, qui peut user et jouir de sa chose, n'en a cependant pas l'usufruit, a inspiré au jurisconsulte Paul, dans son *Liber singularis de jure singulari*, une sorte de jeu de mots : *Quod nostrum non est*, dit-il, *transferemus ad alios : veluti is qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest* (3).

Que signifient ces trois mots *salvâ rerum substantiâ*, qui terminent la définition qu'on nous donne aux Institutes ? Plusieurs explications ont été proposées :

1° Certains interprètes pensent que ces mots se réfèrent à l'obligation de l'usufruitier de conserver la chose, d'exercer son droit en bon père de famille (4). Cette première explication ne me paraît

(1) Gaius, L. 3 § 2, D., *De usufr.* (7, 1); Inst., § 1 *in fine De usufr.*
(2) § 4 *eod. Tit.*
(3) L. 63, D., *De usufr.*
(4) Ainsi les rédacteurs du Code Napoléon définissent l'usufruit « le droit de « jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-« même, mais *à la charge d'en conserver la substance* » (art. 578).

pas admissible. En effet, par lui-même, l'usufruit est un droit réel, qui n'implique à la charge de l'usufruitier aucune obligation proprement dite. Sans doute, comme nous le verrons, le Préteur intervient et permet au nu-propriétaire d'exiger que l'usufruitier s'engage à jouir en bon père de famille; mais l'engagement ne résulte pas immédiatement de la qualité d'usufruitier, il résulte d'un contrat accessoire, et dès lors il serait singulier qu'on eût songé à le mentionner d'une manière spéciale dans la définition même de l'usufruit.

2° D'autres pensent que ces mots *salvâ rerum substantiâ* font allusion à la durée de l'usufruit. Ils les traduisent ainsi : « tant que dure la substance de la chose. » A l'appui de cette explication, on invoque la petite phrase qui dans les Institutes suit immédiatement la définition de l'usufruit : *Est enim jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est* (1). Seulement, il faut bien remarquer que cette petite phrase a été empruntée à Gaius (2), tandis que la définition même avait été empruntée à Paul (3). Le rapprochement des deux textes, soit au Digeste, soit aux Institutes, montre bien que, dans la pensée de Justinien, les mots *salvâ rerum substantiâ* se référaient précisément à la durée de l'usufruit; mais rien ne prouve que le jurisconsulte Paul y attachât déjà la même idée. Il faut reconnaître, du reste, que Justinien a pu raisonnablement vouloir exprimer, dans la définition même de l'usufruit, cette règle qu'il dure autant que la substance de la chose : c'est, en effet, un des caractères distinctifs de la servitude personnelle qu'elle s'éteint non-seulement quand la chose a complétement péri, mais encore quand elle a changé de destination.

3° Je crois que l'idée de Paul était qu'un véritable usufruit, donnant uniquement le droit d'user et de jouir, n'est pas possible sur toute espèce de choses : il ne se conçoit que sur les choses dont on peut user et jouir *salvâ earum substantiâ*, sans les consommer, sans les détruire. C'est précisément l'idée que nous voyons exprimée par Ulpien, et dans les mêmes termes : *Ususfructus legari potest*,

(1) Pr. *in fine De usufr.*
(2) L. 2, D., *De usufr.*
(3) L. 1, D., *De usufr.*

jure civili, earum rerum quarum salvâ substantiâ utendi fruendi potest esse facultas (1). Mais, je le répète, Justinien, en insérant dans son Digeste et dans ses Institutes la définition de Paul, a donné un autre sens aux expressions dont il s'agit.

— Remarquons, dès à présent, que, des deux éléments dont se compose l'usufruit, l'un, le *jus fruendi*, est parfaitement divisible, en ce sens qu'il peut exister même sur une part indivise de propriété, tandis que l'autre, le *jus utendi*, est indivisible, en ce sens qu'on ne le conçoit même pas comme s'exerçant sur une part indivise : *Ususfructus*, dit Papinien, *et ab initio pro parte indivisâ vel divisâ constitui, et legitimo tempore similiter amitti potest* (2). Il est évident que l'usufruit ainsi constitué sur une part indivise consistera seulement dans le *jus fruendi*. Aussi Paul dit-il très-bien : *Frui quidem pro parte possumus; uti pro parte non possumus* (3).

Sur la matière de l'usufruit, nous examinerons successivement les cinq points suivants : 1° comment s'établit l'usufruit; 2° quels sont les droits de l'usufruitier; 3° quelles sont les obligations de l'usufruitier; 4° comment s'éteint l'usufruit; 5° quelles choses sont susceptibles d'usufruit, et qu'est-ce que le quasi-usufruit.

I. *Acquisition de l'usufruit.* — L'usufruit, comme les servitudes prédiales, peut être établi par voie de *translatio* ou par voie de *deductio*, *mortis causâ* ou *inter vivos*.

Le plus souvent, l'usufruit est établi *mortis causâ*, par testament. Comme on l'indique aux Institutes (4), cela peut se faire de trois manières différentes :

1° Le testateur, après avoir institué un héritier, lègue à Titius l'usufruit du fonds Cornélien : *heres nudam habebit proprietatem, legatarius usumfructum.*

2° Le testateur, après avoir institué un héritier, lègue à Titius le fonds Cornélien *deducto usufructu*, la nue-propriété du fonds Cornélien : *legatarius nudam habebit proprietatem, heres verò usumfructum.* Dans ce cas comme dans le précédent, on applique la

(1) *Fragm. d'Ulpien*, XXIV, § 26.
(2) L. 5, D., *De usufr.*
(3) L. 19, D., *De usu et habit.* (7, 8).
(4) § 1 *De usufr.*

règle que l'héritier a dans les biens du défunt tout ce qui n'a pas été légué.

3° Le testateur a légué à Primus l'usufruit du fonds Cornélien, à Secundus le fonds Cornélien *deducto usufructu :* l'un des légataires sera usufruitier, l'autre sera nu-propriétaire. Je suppose que le testateur a légué à Secundus le fonds *deducto usufructu.* S'il avait omis ces deux derniers mots, il se trouverait avoir légué à Secundus la pleine propriété du fonds : alors Primus aurait seulement l'usufruit de moitié; Secundus aurait la nue-propriété d'une moitié et la pleine propriété de l'autre (1).

— Entre-vifs, l'usufruit peut être *translatus* au moyen de l'*in jure cessio.* Comme le dit Gaius, *dominus proprietatis alii usumfructum in jure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat* (2). — L'usufruit peut être *deductus,* soit dans l'*in jure cessio,* soit dans la *mancipatio.* Comme le dit encore Gaius, *non ipse ususfructus mancipatur, sed cùm in mancipandâ proprietate deducatur, eo fit ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit* (3).

L'usufruit peut également être constitué par *adjudicatio. Potest constitui,* dit Paul, *et familiæ erciscundæ vel communi dividundo judicio legitimo* (4). — Nous savons que, si un testateur avait dit : *Do lego Primo usumfructum fundi Corneliani, do lego Secundo fundum Cornelianum,* Primus aurait l'usufruit de la moitié seulement du fonds Cornélien. Au contraire, si le juge de l'action *familiæ erciscundæ* ou *communi dividundo* avait adjugé *alii fundum, alii usumfructum fundi,* l'usufruit de tout le fonds appartiendrait exclusivement au dernier (5). Cela tient à ce que, l'action en partage ayant précisément pour but de faire cesser l'indivision, il serait trop

(1) Modestin, L. 19, D., *De usu et usufr.* (33, 2)

(2) Comment. II, § 30. Voy. aussi *Fragm. du Vatican,* § 45.

(3) Comment. II, § 33 *in fine.* Voy. aussi *Fragm. du Vatican,* § 47 (phrases 1 et 2).

(4) *Fragm. du Vatican,* même § 47 (phrase 3). Pour que l'usufruit résulte de l'*adjudicatio,* il faut que l'instance eût la forme d'un *judicium legitimum* (voy. Gaius, IV, § 104). Probablement la même condition devait exister aussi pour que l'adjudicataire fût *dominus ex jure Quiritium :* voy. L. 44 § 1, D., *Famil. erctsc.* (10, 2).

(5) Ulpien, L. 16 § 1, D., *Famil. erctsc.*

étrange que l'*adjudicatio* donnât lieu à une indivision nouvelle.

En droit prétorien, l'usufruit peut être, soit *translatus*, soit *deductus*, au moyen de la tradition. Mais en droit civil, jamais l'usufruit ne peut résulter de la tradition : *civili enim actione constitui potest*, dit Paul, *non traditione*, *quæ juris gentium est* (1). — Sans doute la tradition comme mode de constitution de l'usufruit était principalement usitée pour les fonds provinciaux. Cela est confirmé, jusqu'à un certain point, par un passage des *Fragments du Vatican* (§ 61), qui malheureusement ne nous est pas parvenu dans son intégrité. Il est certain que le Préteur donnait des interdits utiles et l'action Publicienne au *possessor usûsfructûs* (2). — Sous Justinien, le droit civil et le droit prétorien sont confondus : un véritable usufruit peut résulter de la tradition (3).

Il est très-probable que sur les fonds provinciaux l'usufruit pouvait être acquis par une possession prolongée, par la *præscriptio longi temporis*. Du reste, je ne connais qu'un texte qui en parle explicitement (4).

Pour constituer un droit d'usufruit ou l'équivalent d'un droit d'usufruit sur les fonds provinciaux, on employait encore un autre expédient que la tradition : je veux parler des pactes et stipulations, dont j'ai déjà dit quelques mots à propos des servitudes prédiales (5). Justinien a généralisé ce qui autrefois ne s'appliquait qu'aux fonds provinciaux : *Sine testamento*, dit-il, *si quis velit usumfructum alii constituere*, *pactionibus et stipulationibus id efficere debet* (6). Nous avons même des textes où il est question simplement de stipulation : on suppose que j'ai stipulé de vous que vous ne mettrez aucun obstacle à ce que je jouisse de votre chose. — Tant qu'il n'y a pas quasi-tradition de la part du propriétaire, peut-il résulter des pactes et stipulations un véritable droit réel d'usufruit (ou de servitude prédiale)? La question est discutée

(1) *Fragm. du Vatican*, § 47 *in fine*.

(2) Ulpien, *Fragm. du Vatican*, §§ 90 et suiv.; L. 11 § 1, D., *De public. in rem act.* (6, 2).

(3) Voy. LL. 3 pr. et 32, D., *De usufr.*

(4) Justinien, L. 12, C., *De præscr. longi temp.* (7, 33).

(5) Gaius, II, § 31.

(6) Inst., § 1 *De usufr.* Voy. aussi L. 3 pr. *in fine*, D., *De usufr.*

entre les interprètes. Elle présente un grand intérêt pratique lorsque celui qui doit me laisser jouir de sa chose vient à l'aliéner au profit d'un tiers : alors, si j'ai véritablement acquis un droit réel, je pourrai l'exercer à l'encontre du tiers-acquéreur ; dans le cas contraire, je serai seulement en droit de réclamer une indemnité à celui avec qui j'ai traité. Tout d'abord il faut reconnaître qu'en général ni le pacte ni la stipulation n'ont pour effet de créer un droit réel. Le Préteur admet, il est vrai, que le droit réel d'hypothèque résulte d'un simple pacte ; mais c'est un cas qu'on signale comme tout à fait exceptionnel. Voici, d'ailleurs, un texte d'Africain duquel il ressort clairement que ce n'est pas un droit réel d'usufruit ou de servitude que produisent les pactes et les stipulations : *Per plurium prædia aquam ducis, quoquo modo impositâ servitute. Nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere : pacto enim vel stipulatione intervenientibus, et hoc concedi solet, quamvis nullum prædium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest* (1). Ce texte est décisif. En effet, on y trouve ceci : « Dans un cas où le droit réel de servitude ne peut pas être constitué, au moyen d'un pacte ou d'une stipulation quelque chose d'analogue est obtenu. »

Cependant les personnes qui pensent qu'un véritable droit réel peut naître du pacte et de la stipulation invoquent certains textes. Elles font d'abord remarquer que Gaius et les Institutes parlent de *constituere usumfructum pactis et stipulationibus*. Or, disent-elles, *constituere usumfructum*, n'est-ce pas constituer le droit réel d'usufruit? Je réponds : Non; et j'en donne immédiatement la preuve. Le legs *per damnationem* ne produit certainement qu'un droit de créance au profit du légataire; il n'en est pas moins vrai que Gaius lui-même dit que par un legs de cette espèce *constitui potest usus-fructus* (2).

Mais le texte le plus favorable à l'opinion que je repousse est assurément celui-ci : *Si qua servitus imposita est fundo, necesse habebit fructuarius sustinere : undè et si per stipulationem servitus*

(1) L. 33 § 1, D., *De servit. præd rust.*
(2) L. 3 pr., D., *De usufr.*

[illegible] (1). J'ai acquis [illegible] je veux l'exercer une servitude sur le fonds qui vous appartient, et vous conférez à un tiers l'usufruit du fonds. Il est certain que je pourrai encore exercer mon droit de servitude à l'encontre du tiers-usufruitier. N'est-ce pas dire que la servitude acquise [illegible] le caractère d'un droit réel? Je réponds d'abord qu'il [illegible] dans toute qu'il y avait eu quasi-tradition de la servitude. Je réponds ensuite que l'usufruitier doit jouir comme jouissait le propriétaire, et qu'il n'y a pas à distinguer si celui-ci jouissait d'une certaine manière en vertu d'une obligation personnelle à lui imposée ou en vertu d'une charge réelle (2).

— Depuis Constantin, il existe en droit romain un cas d'usufruit légal : je veux parler de l'usufruit accordé au père sur les biens compris dans le pécule adventice. Nous y reviendrons plus tard (3).

— En constituant le droit d'usufruit, peut-on apposer des modalités, telles qu'un terme ou une condition? Le droit d'usufruit en lui-même, à la différence des servitudes prédiales, en est parfaitement susceptible. Cela tient à ce que, tandis que les servitudes prédiales participent à la perpétuité des fonds dont elles sont des qualités, l'usufruit au contraire a essentiellement une durée limitée. *Ususfructus*, dit Paul, *in multis casibus pars dominii est, et exstat quod vel præsens vel ex die dari potest* (4). De même que, quand je livre une chose avec l'intention de l'aliéner, je puis dire qu'elle cessera d'être mienne seulement dans un an, de même en constituant un droit d'usufruit, je puis dire qu'il ne commencera d'exister qu'au bout d'un certain temps. — Paul présente ici l'usufruit comme étant *pars dominii*, une fraction du droit de propriété. Sous d'autres rapports, par exemple au point de vue de la plus-pétition que peut encourir un revendiquant, Paul lui-même enseigne qu'il ne faut pas voir dans l'usufruit une véritable *pars dominii : Rectè dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cùm ususfructus alienus est : quia ususfructus, non dominii pars, sed servitutis*

(1) Ulpien, L. 27 § 4, D., *De usufr.*

(2) L'exactitude de ce point de vue est démontrée par ce que le jurisconsulte ajoute dans le § 5 de la même L. 27.

(3) En expliquant le § 1, aux Instituts, *Per quas pers. nobis adquir.* (II, 9).

(4) L. 4, D., *De usufr.*

sit, ut via et iter; nec falsò dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse. Hoc et Julianus; et est verius (1).

L'usufruit, en lui-même, comporte donc les modalités dont il plaît aux parties de l'affecter. Reste à voir si le mode employé pour le constituer se prête également à ces modalités. A cet égard, les *Fragments du Vatican* nous fournissent de précieux renseignements. Supposons d'abord qu'il s'agit de *translatio usûsfructûs*. L'*in jure cessio*, le legs et l'*adjudicatio* comportent le *dies ad quem* (2). Le legs comporte également le *dies ex quo*. Mais ce *dies ex quo* pourrait-il se trouver dans l'*in jure cessio* et dans l'*adjudicatio?* Paul nous apprend qu'il y avait dissidence sur ce point. Quant à lui, il admettrait plutôt la négative, *quia nulla legis actio prodita est de futuro* (3). Nous voyons cependant, au Digeste, dans un texte attribué à Ulpien, que l'usufruit peut être adjugé *ex die* (4). — Maintenant supposons qu'il s'agit de *deductio usûsfructûs*. D'après Pomponius, l'usufruit ne peut pas être déduit *ad certum tempus*, soit dans l'*in jure cessio*, soit dans la *mancipatio;* mais Paul est d'un avis contraire (5).

II. *Droits de l'usufruitier.* — Nous savons que l'usufruit comprend le droit d'user et le droit de jouir, l'*usus* et le *fructus*. Du reste, en général, léguer le *fructus*, c'est léguer l'usufruit : comme le dit Ulpien, *ususfructus an fructus legetur, nihil interest : nàm fructui et usus inest* (6).

Nous n'avons rien à dire en ce qui concerne le *jus utendi;* mais, relativement au *jus fruendi,* quelques détails sont nécessaires.

En droit, on appelle *fruits* ce que la chose est destinée à produire. Ainsi, pour un fonds de terre, les fruits consistent dans les récoltes ou dans les fermages : dans les récoltes, lorsque le propriétaire ou l'usufruitier exploite lui-même; dans les fermages,

(1) L. 25 pr., D., *De verb. signif.*
(2) *Fragm. du Vatican,* § 48.
(3) *Fragm. du Vatican,* § 49.
(4) L. 16 § 2 *Famil. ercisc.* (10, 2).
(5) *Fragm. du Vatican,* § 50.
(6) L. 14 § 1, D., *De usu et habit.* (7, 8). Voy. aussi *Sentences de Paul,* III, VI, §§ 24 et 25.

lorsqu'il a donné le fonds à bail. Pour un bois taillis, les fruits consistent dans les coupes que l'on fait périodiquement. Pour une maison, quand elle est louée, les fruits consistent dans les loyers. Pour les animaux, les fruits consistent, suivant les cas, dans les petits (ce qu'on appelle *le croît*), dans la laine, dans le lait, etc. Relativement aux esclaves, les Romains ne considéraient pas le *partus* comme étant *in fructu*. Justinien sur ce point reproduit ce que disait déjà Gaius : *Partus ancillæ in fructu non est : itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cùm omnes fructus rerum natura gratiâ hominis comparaverit* (1). Le motif, il faut en convenir, n'est pas bien satisfaisant : ceux qui ne sont pas choqués que l'homme compte parmi les choses, comment peuvent-ils trouver absurde que l'homme fût *in fructu?* Ce qui a fait admettre que le part n'est pas un fruit, c'est probablement cette circonstance que l'enfant, loin de rendre de bonne heure des services, exige pendant longtemps des soins. Cela étant, acheter une esclave en vue de bénéficier sur les enfants qu'elle mettra au monde, ce serait spéculer sur un profit possible seulement à longue échéance. Ulpien paraît donc être dans le vrai lorsqu'il dit : *Ancillarum partus fructus esse non existimantur, quia non temerè ancillæ ejus rei causâ comparantur ut pariant* (2). Du reste, la question de savoir si le *partus ancillæ* doit, ou non, être considéré comme un fruit, cette question était encore débattue du temps de Cicéron (3); et, au Digeste même, il est également fait allusion à la controverse : *Vetus fuit quæstio*, dit Ulpien, *an partus ad fructuarium pertineret; sed rectè sententia obtinuit fructuarium in eo locum non habere* (4). Il paraît qu'on avait aussi élevé des doutes relativement au croît; on a fini par statuer diversement en ce qui concerne le croît et en ce qui concerne le part (5).

En définitive, l'usufruitier n'a pas droit à tout ce qui provient de la chose, à toutes les acquisitions faites à l'occasion de la chose. Nous

(1) Gaius, L. 28 § 1, D., *De usuris* (22, 1); Inst., § 37 *in fine De div. rer.*
(2) L. 27 pr., D., *De heredit. petit.* (5, 3).
(3) Il le dit lui-même, *De finibus bon. et mal.*, 1, 4.
(4) L. 68 pr. *De usufr.*
(5) Même L. 68, § 1.

venons de voir que le part de l'esclave est pour le nu-propriétaire et non pour l'usufruitier. En général, les libéralités qu'un tiers peut faire à l'esclave dont j'ai l'usufruit profitent, non pas à moi, mais au nu-propriétaire. Enfin, comme usufruitier d'un immeuble, je n'ai aucune espèce de droit au trésor qui peut y être trouvé; j'aurais seulement droit à la moitié comme inventeur.

— Comment l'usufruitier gagne-t-il les fruits? Les fruits proprement dits, qui proviennent matériellement de la chose (ceux que le Code Napoléon appelle *fruits naturels* et *fruits industriels*), doivent être perçus par lui-même ou du moins en son nom. *Is ad quem usus fructus fundi pertinet*, dit Justinien, *non aliter fructuum dominus efficitur quàm si ipse eos perceperit* (1). Ainsi, non-seulement l'usufruitier d'un fonds n'est pas propriétaire des fruits encore pendants par branches ou par racines; mais même ceux qui sont détachés par accident ou emportés par un voleur ne lui appartiennent pas, et les jurisconsultes décident, en conséquence, que c'est au propriétaire du fonds, non à l'usufruitier, à exercer la *condictio furtiva* contre le voleur (2). — On exprime donc très-bien la condition de l'usufruitier, en disant qu'il a le droit de percevoir les fruits. Du reste, comme le remarque Justinien, le fermier sous ce rapport est dans la même condition que l'usufruitier (3).

Quelle est la règle quant aux fruits civils, tels que loyers et fermages? Nous remarquerons d'abord qu'en général l'usufruitier peut donner à bail la chose dont il a l'usufruit. Que si elle était déjà louée avant la naissance de son droit, il pourrait expulser le preneur; en fait, il arrivera souvent que celui qui constitue l'usufruit sur une chose qu'il a donnée à bail, aura soin, pour éviter le recours de son preneur, de s'arranger avec l'usufruitier afin que celui-ci entretienne le bail : l'action *locati* étant cédée à l'usufruitier, il pourra se faire payer par le preneur comme si lui-même lui avait consenti le bail. — Maintenant, comment se règle le droit de l'usufruitier au prix du bail? A cet égard, il faut distinguer suivant que le preneur retire de la chose des fruits proprement dits (bail de biens ruraux) ou qu'il en retire seulement l'usage (bail de

(1) Inst., § 36 *De div. rer.*
(2) L. 12 § 5, D., *De usufr.*
(3) Inst., § 36 *in fine De div. rer.*

maisons). Dans le premier cas, l'usufruitier n'a droit au prix du bail qu'autant que la récolte à laquelle il correspond a été faite *durante usufructu* (1); dans le deuxième cas, l'usufruitier gagne chaque jour 1/365 de la créance qui représente le loyer d'une année (2).

— Nous savons comment l'usufruitier gagne les fruits. Lors même qu'il n'y a pas d'usufruitier, il est possible que les fruits profitent à un autre qu'au propriétaire. Je veux parler du cas où la chose est possédée *ex justâ causâ* par un tiers de bonne foi. Il importe de comparer la position de l'usufruitier et celle du possesseur de bonne foi, au point de vue de l'acquisition des fruits.

Écoutons d'abord Justinien : *Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bonâ fide fundum emerit, vel ex donatione aliâve quâlibet justâ causâ æquè bonâ fide acceperit, naturali ratione placuit fructus quos percepit, ejus esse pro culturâ et curâ; et ideò, si posteà dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei verò qui alienum fundum sciens possederit non idem concessum est : itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere* (3). Ce texte appelle plusieurs observations importantes :

On pourrait croire que le possesseur de bonne foi n'a droit aux fruits qu'autant qu'ils sont le produit de son travail : car Justinien déclare qu'ils lui appartiennent *pro culturâ et curâ*. Peut-être effectivement, dans le très-ancien droit, le possesseur de bonne foi ne gagnait-il que les fruits que nous appelons *industriels*. Voici un texte de Pomponius qu'on peut invoquer en ce sens : *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donatâ, suos facit : illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo. Nàm si pomum decerpserit, vel ex silvâ cædit, non fit ejus : sicuti nec cujuslibat bonæ fidei possessoris, quia non ex facto ejus is fructus nascitur* (4). Je suis disposé à croire que Pomponius dans ce texte avait en vue seulement celui qui pos-

(1) Scævola, L. 58 pr., D., *De usufr.*

(2) Paul, L. 26, D., *De usufr.* — La distinction dont il s'agit n'existe plus chez nous : les prix des baux à ferme s'acquièrent jour par jour, comme les autres fruits civils (C. Nap., art. 584 et 586).

(3) Inst., § 35 *De div. rer.*

(4) L. 45, D., *De usur.* (22, 1).

sède de bonne foi, mais non *ex justâ causâ*. Quoi qu'il en soit, l'opinion qui avait prévalu parmi les jurisconsultes est certainement que celui qui possède de bonne foi et *ex justâ causâ* gagne tous les fruits sans distinction : *Bonæ fidei emptor,* dit Paul, *non dubiè, percipiendo fructus etiam ex alienâ re, suos interim facit, non tantùm eos qui diligentiâ et operâ ejus pervenerunt, sed omnes : quia, quod ad fructus attinet, loco domini penè est* (1).

Il n'y a que le possesseur de bonne foi qui gagne ainsi les fruits. Et même il ne suffit pas d'être de bonne foi à l'*initium possessionis :* il faut que la bonne foi ait persisté jusqu'au moment où les fruits sont détachés et où il s'agit de les gagner. C'est du moins ce que Paul admet après Pomponius (2). Julien était d'un avis contraire, et par inadvertance on a inséré au Digeste le texte où il l'exprime (3).

Le *partus ancillæ* n'étant point considéré comme un fruit, il en résulte que le possesseur même de bonne foi de la mère n'est pas immédiatement propriétaire de l'enfant. Il en deviendra propriétaire au moyen de l'usucapion, c'est-à-dire après une possession prolongée pendant un certain temps (4).

Les fruits, pour être acquis au possesseur de bonne foi, n'ont pas besoin, comme quand il s'agit de l'usufruitier, d'être perçus par lui-même ou en son nom. Le possesseur de bonne foi, en ce qui concerne les fruits, est au lieu et place du propriétaire : dès que les fruits sont détachés, dès qu'ils ont ainsi une existence propre, ils appartiennent au possesseur de bonne foi. *Ad bonæ fidei possessorem pertinent, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus qui vectigalem fundum habet fructus fiunt simul atque solo separati sunt* (5).

Dans le droit de Justinien, le possesseur de bonne foi devient propriétaire des fruits à l'instant même où ils sont détachés ; mais il reste obligé de les restituer au propriétaire en même temps que

(1) L. 48 pr., D., *De adq. rer. dom.*

(2) Même L. 48, § 1. — Cette doctrine est également consacrée chez nous (C. Nap., art. 549 et 550).

(3) L. 25 § 2, D., *De usur.*

(4) Pomponius, L. 4 pr., D., *Pro suo* (41, 10).

(5) Julien, L. 25 § 1 *in fine*, D., *De usur.*

la chose qui les a produits, à moins qu'il ne les ait consommés de bonne foi et avant la revendication du propriétaire (1). Cette règle est expressément consacrée dans une Constitution rendue en 294 par les empereurs Dioclétien et Maximien (2). Du temps des jurisconsultes il était déjà de principe que tous les fruits *exstantes* doivent être restitués par le possesseur tenu de la *petitio hereditatis;* je ne crois pas qu'il y eût rien de semblable en ce qui concerne le possesseur ordinaire tenu de la *rei vindicatio*. Quant à celui-ci, devenu propriétaire des fruits en vertu de sa bonne foi, il n'avait pas besoin de les avoir consommés pour être dispensé de toute restitution. C'est du moins ce que je vais tâcher de démontrer (3).

1° Celui qui possède de bonne foi un esclave gagne tout ce qui provient *ex operis servi*, et nous ne voyons nulle part qu'il puisse jamais être tenu de restituer au propriétaire ce qu'il a ainsi gagné. On n'aperçoit pas pourquoi il existerait une règle différente relativement à ce qui provient ainsi des *operæ* et relativement aux autres fruits.

2° Gaius met le possesseur de bonne foi sur la même ligne que l'usufruitier, en ce qui concerne l'acquisition du croît (4). Julien, en ce qui concerne les fruits de la terre, dit que le possesseur de bonne foi a plus de droit que l'usufruitier, autant de droit que l'emphytéote (5). Certes Gaius et Julien se seraient exprimés autrement si le possesseur de bonne foi était réellement exposé à la nécessité de restituer les fruits qu'il acquiert : ceci le constituerait dans un tel état d'infériorité par rapport à l'usufruitier et à l'emphytéote que les jurisconsultes n'auraient pas manqué d'y faire au moins quelque allusion.

3° Papinien, supposant que le possesseur de bonne foi d'un immeuble a fait des dépenses utiles, dit qu'il pourra les recouvrer au moyen de l'exception de dol, *æquitatis ratione*, pourvu qu'il ne soit pas déjà dédommagé par les fruits qu'il a perçus *antè litem*

(1) Inst., § 2 *in fine De officio jud.* (IV, 17).

(2) L. 22, C., *De rei vindic.* (3, 32).

(3) Sur ce point, je me borne, en général, à reproduire les idées de mon savant maître M. Pellat.

(4) L. 28 pr., D., *De usur.*

(5) L. 25 § 1, D., *De usur.*

contestatam (1). Les fruits perçus depuis la *litis contestatio* doivent certainement être restitués par le possesseur : quant à eux, il n'y a aucune difficulté, et le jurisconsulte n'en parle pas. Quant aux fruits perçus avant la *litis contestatio*, si le jurisconsulte en parle, c'est précisément parce qu'il est préoccupé de l'idée que le possesseur de bonne foi n'a jamais à les restituer.

4° D'un rescrit des empereurs Sévère et Antonin (2) il résulte clairement que le possesseur de bonne foi doit rendre tous les fruits qu'il a perçus, quand il est tenu de la *petitio hereditatis*, tandis qu'il doit rendre seulement ceux qu'il a perçus depuis la *litis contestatio* quand il est tenu de la revendication.

5° Plusieurs textes insérés au Digeste ont évidemment été remaniés, ce qui montre bien que les jurisconsultes auxquels ces textes sont attribués avaient sur la position du possesseur de bonne foi une doctrine autre que celle qui prévaut dans le droit de Justinien. Je citerai un seul exemple. Dans la L. 4 *De usurpat.*, attribuée à Paul, le § 19 est ainsi conçu : *Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest. Si verò apud bonæ fidei emptorem, contrà : quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumpti sint.* Je possède de bonne foi une brebis que j'ai achetée et qui avait été volée ; la laine, dit le texte, m'appartient dès qu'elle a été détachée, attendu que c'est un fruit et qu'ainsi je n'ai pas besoin de l'usucaper; il en est de même des agneaux, quand ils ont été consommés. Ces trois mots *si consumpti sint* ne peuvent pas avoir été écrits par le jurisconsulte : il est clair qu'ils ont été ajoutés, et maladroitement ajoutés, par les compilateurs de Justinien. En effet, la laine est *in fructu* comme les agneaux sont *in fructu* : pourquoi donc exiger du possesseur de bonne foi qu'il ait consommé les agneaux quand on n'exige pas de lui qu'il ait consommé la laine? D'ailleurs, par l'addition de ces mots *si consumpti sint*, on a rendu la décision véritablement absurde, puisqu'elle revient à ceci : «Les agneaux appartiennent au possesseur de bonne foi *statim*, dès le moment de leur naissance, mais seulement après qu'ils ont été

(1) L. 48, D., *De rei vindic.*
(2) L. 2, C., *De petit. hered.* (3, 31).

consommés. » Il est impossible que Paul soit l'auteur d'un pareil non-sens. Paul se bornait à dire que l'acheteur de bonne foi d'une brebis deviendra propriétaire de la laine et des agneaux, et il ne parlait point de la consommation, qui de son temps était parfaitement inutile pour mettre ce possesseur à l'abri de toute demande en restitution des fruits.

— Revenant maintenant à l'usufruitier, nous remarquerons qu'il peut très-bien vendre son droit, *vendere usumfructum* (1). L'usufruitier alors s'engage envers son acheteur à le mettre en position de profiter de tout l'émolument que pourrait lui procurer à lui-même son droit d'usufruit. Du reste, cet usufruitier vendeur reste toujours le véritable sujet actif du droit d'usufruit : par exemple, c'est à sa mort ou à sa *capitis deminutio* que s'éteindra au profit du propriétaire la servitude personnelle dont il s'agit. En un mot, l'usufruitier peut bien vendre son droit, mais il ne peut pas l'aliéner : il ne peut pas faire qu'une autre personne soit usufruitière en son lieu et place. Ainsi s'explique une décision qui au premier abord est embarrassante. On nous dit qu'en général le nu-propriétaire et l'usufruitier d'un fonds, même d'accord entre eux, ne peuvent pas grever le fonds d'une servitude prédiale au profit d'un voisin (2). Il semblerait que le nu-propriétaire et l'usufruitier, à eux deux, peuvent faire ce que ferait très-bien un plein propriétaire. Mais il faut bien remarquer que constituer une servitude, c'est faire une aliénation partielle ; or l'usufruitier, ni pour le tout ni pour partie, ne peut aliéner son droit au profit d'un tiers.

III. *Obligations de l'usufruitier*. — Nous trouvons ici deux idées fondamentales : l'usufruitier doit d'abord respecter la destination de la chose ; il doit, de plus, user et jouir en bon père de famille.

En conséquence, 1° l'usufruitier peut bien changer des terres labourables en vignobles, ou réciproquement ; il peut ouvrir une mine ou une carrière dans une partie du domaine, si l'exploitation doit durer longtemps et donner des revenus supérieurs. Mais il ne

(1) Inst., § 1 *in fine De usu et habit.* (II, 5).
(2) Ulpien, L. 15 § 7 *in fine*, et Paul, L. 16, D., *De usufr.*

pourrait pas changer un domaine d'agrément en un domaine de produit ; il ne pourrait pas faire une hôtellerie d'une maison que le propriétaire habitait lui-même ou qu'il louait à un petit nombre de locataires; il ne pourrait pas faire disparaître un jardin pour élever une maison.

2° L'usufruitier n'a pas le droit de dégrader la chose, et même, comme nous allons le voir, il doit l'entretenir. Ainsi, celui qui a l'usufruit d'une maison doit *sarta tecta præstare;* mais il n'est pas tenu de refaire ce qui tombe de vétusté. Celui qui a l'usufruit d'un immeuble doit veiller à ce que les servitudes appartenant à l'immeuble ne se perdent pas *non utendo.* En général, tout usufruitier doit veiller à ce que la chose ne soit pas usucapée par un tiers.

A l'obligation de l'usufruitier d'entretenir la chose se rapporte cette prescription de Justinien : *Si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum*, *ex fœtu fructuarius summittere debet, ut Juliano visum est. Et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere : rectè enim colere debet et quasi bonus paterfamiliâs* (1).

Du reste, en ce qui concerne l'usufruit d'un troupeau la question mérite une attention particulière. L'usufruitier doit entretenir le troupeau avec le croît. Est-ce à dire qu'il doive indéfiniment tenir en réserve les petits qui viennent au monde, afin de pouvoir toujours faire face aux accidents qui se produiraient à une époque quelconque ? Evidemment non : l'usufruit finirait sans que l'usufruitier eût retiré de son droit aucun émolument. Le compte doit se faire chaque année. A l'expiration de chaque année, l'usufruitier se trouve gagner définitivement comme fruit l'excédant du croît sur les bêtes qui ont péri. Mais ici trois cas distincts doivent être examinés. D'abord, une bête ayant péri, il naît un petit : ce petit la remplace immédiatement, il n'a jamais appartenu à l'usufruitier . En second lieu, une bête ayant péri, il naît deux petits : alors c'est à l'usufruitier à dire lequel des deux sera employé à combler le vide qui s'est produit dans le troupeau; provisoirement, la propriété de chacun est *in pendenti.* Enfin, le troupeau étant au

(1) Inst., § 38 *De div. rer.*

complet, il naît plusieurs petits ; ils appartiennent tous à l'usufruitier, sauf l'obligation pour lui de les employer à combler les vides qui se produiraient dans la même année. C'est là, du moins, ce qui me paraît résulter des principes généraux sur l'usufruit et des textes relatifs à cette espèce d'usufruit (1).

L'usufruitier, gagnant les fruits, doit payer les impôts, qui sont considérés habituellement comme une charge des fruits.

— Comme garantie des obligations qui incombent à l'usufruitier, le Préteur permet au propriétaire d'exiger qu'il lui donne caution. Un Titre entier du Digeste est consacré à cette caution (2).

La caution prétorienne ainsi fournie au nu-propriétaire lui est utile à deux points de vue. D'abord, comme le montre parfaitement Ulpien, elle rend l'usufruitier responsable même de sa *culpa in omittendo : Consultus quo bonum fuit actionem polliceri Prætorem, cùm competat legis Aquiliæ actio, respondit: quia sunt casus quibus cessat Aquiliæ actio : ideò judicem dari ut ejus arbitratu utatur. Nàm qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquiliâ non tenetur* (3). Ainsi, en l'absence de la caution, l'usufruitier serait bien tenu (*ex lege Aquiliâ*) pour avoir, par exemple, brisé méchamment ou par maladresse des conduites d'eau, mais il ne serait pas tenu pour avoir négligé de les réparer. — En second lieu, la caution est utile en ce que l'usufruitier ne se borne pas à promettre *se boni viri arbitratu usurum fruiturum*, mais doit faire accéder un fidéjusseur à son engagement : *dominus potest satisdationem desiderare*, dit Ulpien (4).

Qu'arriverait-il si l'usufruitier avait été mis en possession sans que le propriétaire eût songé à lui faire donner caution ? Deux ressources nous sont indiquées comme étant alors ouvertes au propriétaire. Il peut d'abord revendiquer la chose, et, si l'usufruitier lui oppose l'exception *de re usûsfructûs nomine traditâ*, paralyser cette exception au moyen d'une réplique (5). En second lieu,

(1) Voy. surtout Ulpien, L. 70, D., *De usufr.*; *Sent. de Paul*, III, VI, § 20.
(2) Tit. *Usufruct. quemadm. caveat* (7, 9).
(3) L. 13 § 2, D., *De usufr.*
(4) L. 13 pr., D., *De usufr.*
(5) C'est ce que disait Proculus : L. 7 pr., D., *Usufr. quemadm. cav.*

Ulpien semble admettre que le propriétaire pourrait directement réclamer la caution au moyen d'une *condictio* (1).

L'usufruitier peut-il être dispensé de fournir caution? Le nu-propriétaire peut toujours l'en dispenser : rien ne s'oppose à ce qu'il renonce à une garantie établie en sa faveur. Mais il n'est pas permis au testateur qui lègue un droit d'usufruit de déclarer que le nu-propriétaire n'aura pas le droit d'exiger la caution (2).

IV. *Extinction de l'usufruit.* — Les Institutes (§ 3 *De usufr.*) indiquent six modes d'extinction de l'usufruit. Paul (*Sent.*, III, VI, §§ 28-33) en indique un septième, le terme. — Le même jurisconsulte Paul paraît distinguer les modes par lesquels *amittitur usus-fructus* et ceux par lesquels *finitur usus fructus*. La première expression s'applique là où l'extinction est amenée par une circonstance qui a quelque chose d'exceptionnel; la deuxième, là où l'extinction tient à une cause qui devait naturellement être prévue. La distinction, du reste, n'a point d'intérêt pratique.

Etudions successivement les différents modes d'extinction de l'usufruit, en suivant l'ordre dans lequel Paul les présente :

1° L'usufruit s'éteint par la *capitis deminutio* de l'usufruitier : *capitis minutione amittitur, si in insulam fructuarius deportetur, vel si ex causâ metalli servus pœnæ efficiatur, aut si statum ex adrogatione vel adoptione mutaverit* (3). Sous Justinien, la *minima capitis deminutio* de l'usufruitier n'emporte plus extinction de l'usufruit (4).

2° L'usufruit s'éteint par le non-usage, lorsque l'usufruitier a laissé passer un certain temps sans exercer son droit : *non utendo amittitur usus fructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno* (5).

Sous Justinien, est-il encore vrai de dire que l'usufruit s'éteint

(1) Même L. 7 pr., *in fine*. C'est sans doute une opinion isolée d'Ulpien. Comp. L. 12 *eod. Tit.*

(2) Alexandre, L. 7, C., *Ut in possess. legat.* (6, 54).

(3) Paul, *loc. cit.*, § 29.

(4) Voy. L. 16 § 2, C., *De usufr.* (3, 33); Inst., § 3 *De usufr.*, et § 1 *in fine De adquis. per adrogat.* (III, 10)

(5) Paul, § 30.

par le non-usage? ne faut-il pas quelque chose de plus pour en amener l'extinction? que signifie cette phrase des Institutes, *Finitur usus fructus non utendo per modum et tempus?* On a quelquefois soutenu que, dans le droit de Justinien, l'usufruit ne s'éteindra pas s'il y a seulement de la part de l'usufruitier défaut d'exercice de son droit; que, pour qu'il s'éteigne, il faut de plus que le nu-propriétaire ait effectivement possédé sa chose comme plein propriétaire, de manière à reconquérir ainsi sa liberté par une sorte d'usucapion. En ce sens on invoque une Constitution de Justinien dans laquelle il est dit que l'usufruit ne s'éteindra qu'autant que *talis exceptio usufructuario opponatur quæ, etiamsi dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere* (1). L'usufruitier est mis ici sur la même ligne que le propriétaire; or, le propriétaire ne perd pas son droit par cela seul que, même pendant très-longtemps, il ne l'a pas exercé : il faut qu'un tiers ait profité de sa négligence pour exercer lui-même le droit, pour posséder la chose. Donc, peut-on dire, l'usufruitier n'est plus exposé à perdre son droit par suite du simple non-usage. — Je ne puis pas admettre cette doctrine. Je remarque d'abord que, dans une autre Constitution de Justinien, rendue en 531, c'est-à-dire un an après celle qui vient d'être citée, l'Empereur dit qu'il veut faire pour les servitudes prédiales ce qu'il a fait pour l'usufruit des immeubles, établir qu'elles s'éteindront *par le non-usage* prolongé pendant dix ou vingt ans (2) : cela ne montre-t-il pas clairement que l'innovation de Justinien en matière d'usufruit a consisté, non pas à exiger, au lieu du simple non-usage de la part de l'usufruitier, une *plena possessio* de la part du nu-propriétaire, mais uniquement à augmenter la durée du non-usage qui emporte extinction de l'usufruit? Je remarque, en second lieu, que les textes de jurisconsultes relatifs à l'extinction de l'usufruit ont subi, lors de leur insertion dans le Digeste, un seul genre de correction : on a partout remplacé la mention du délai (*annus* ou *biennium*) par des expressions telles que celle-ci, *constitutum tempus;* mais nulle part on n'a corrigé la mention du non-usage comme étant ce qui amène l'extinc-

(1) L. 16 § 1 *in fine*, C., *De usufr.* (3, 33).
(2) L. 13, C., *De servit. et aquâ* (3, 34).

tion (1). Dans la doctrine que je combats, l'usufruit s'éteindrait, non plus *non utendo*, mais *usucapione libertatis*. Et, pour le dire en passant, si les partisans de cette doctrine étaient conséquents, ils devraient s'attacher au texte de la L. 13 *De servit. et aquâ* aussi bien qu'à celui de la L. 16 *De usufr.* : ils arriveraient alors nécessairement à cette proposition bizarre, que Justinien, après avoir exigé l'*usucapio libertatis* où elle n'existait pas autrefois, c'est-à-dire en matière d'usufruit, l'a supprimée où elle existait, c'est-à-dire en matière de servitudes *prædiorum urbanorum* (2).

Que veulent donc dire les Institutes quand elles disent que l'usufruitier perd son droit *non utendo per modum?* J'entends ces mots en ce sens que l'usufruitier doit faire ce que son titre lui permet de faire. S'il fait autre chose, ce n'est plus l'exercice de son droit d'usufruit, et cela ne l'empêchera pas de perdre ce droit.

Il va de soi que l'usufruitier retient son droit aussi bien quand il l'exerce par un tiers que quand il l'exerce par lui-même. Ainsi, il peut l'exercer par un acheteur ou par un donataire. *Planè illud interest quod, si vendidero usumfructum, etiamsi emptor non utatur, videor usumfructum retinere : quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur quàm qui principali re utitur fruitur. Quod si donavero, non aliàs retineo nisi ille utatur* (3).

3° L'usufruit s'éteint par la transformation de la chose : *rei mutatione amittitur ususfructus, si domus usufructu legato incendio conflagraverit, aut ruinâ perierit, licet posteà restituatur* (4). — Pour que la chute de la maison amène ainsi l'extinction de l'usufruit, il faut supposer que l'usufruit avait été constitué sur la maison même. Si au contraire j'ai acquis l'usufruit d'un domaine dans lequel se trouve une maison, la chute de la maison ne mettra aucunement fin à mon droit d'usufruit.

(1) Voy., par exemple, la L. 10, D., *De vi* (43, 16).

(2) En effet, il est dit dans la L. 13 : ... *ut omnes servitutes non utendo amittantur;... ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis, explosis differentiis.* Encore une fois, il est certain que Justinien n'a eu en vue que la question de délai : autrement, nous ne trouverions pas au Digeste tant de textes sur l'*usucapio libertatis* en matière de servitudes urbaines.

(3) Marcien et Gaius, LL. 38, 39 et 40, D., *De usufr.*

(4) Paul, § 31. Voy. aussi, Inst., § 3 *in fine De usufr.*

4° L'usufruit s'éteint par l'*in jure cessio* que l'usufruitier fait au nu-propriétaire : *in jure cessione amittitur usufructus, quoties domino proprietatis eum fructuarius in jure cesserit* (1). Dans l'ancien droit, il y avait le simulacre d'une action négatoire intentée par le nu-propriétaire contre l'usufruitier; dans le droit de Justinien, il suffit d'une renonciation expresse ou tacite de l'usufruitier au profit du nu-propriétaire.

Qu'arriverait-il si l'usufruitier cédait son droit *extraneo*, à une personne autre que le nu-propriétaire? *Usufructuarius*, dit Gaius, *in jure cedendo domino proprietatis usumfructum, efficit ut a se discedat et convertatur in proprietatem ; alii verò in jure cedendo, nihilominùs jus suum retinet : creditur enim eâ cessione nihil agi* (2). Les Institutes disent, de même, que la cession ainsi faite au profit d'un *extraneus* n'a aucune espèce d'effet. — Suivant la plupart des interprètes, le jurisconsulte Pomponius aurait été d'un autre avis : il aurait admis que la cession dont il s'agit ne pouvait pas sans doute rendre l'*extraneus* usufruitier, mais qu'elle avait du moins pour résultat de faire perdre l'usufruit à celui qui la consentait, événement qui ne peut profiter qu'au nu-propriétaire. Il est vrai que Pomponius, examinant comment sera restituée la dot qui consiste en un usufruit, quand la femme n'a pas la nue-propriété, s'exprime ainsi : *Diximus usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis; et, si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum* (3). Mais je ne vois pas que cela soit contraire à la doctrine de Gaius. En effet, Pomponius dit bien que rien n'est transféré (*nihil transire*) à l'*extraneus;* mais il ne dit pas que l'usufruit fasse immédiatement retour au nu-propriétaire : il dit, ce qui est tout différent, qu'il lui fera retour un jour (*reversurum*). En un mot, la pensée exprimée par Pomponius est tout simplement celle-ci : « L'usufruit n'est point transféré à l'*extraneus :* quand il sortira des mains de celui à qui il appartient aujourd'hui, ce ne pourra être que pour faire retour au propriétaire. » Ajoutez que, Gaius et

(1) Paul, § 32.
(2) Comment. II, § 30.
(3) L. 66, D., *De jure dot.* (23, 3).

Pomponius étant contemporains l'un de l'autre, il serait bien étrange, s'il y avait eu réellement dissidence entre eux sur le point qui nous occupe, que pas plus l'un que l'autre n'y fît la moindre allusion (1).

5° L'usufruit s'éteint par la consolidation, lorsque l'usufruitier acquiert la nue-propriété (2). — Bien entendu, il faut que l'acquisition soit réelle et non pas simplement apparente. En conséquence, si, le nu-propriétaire ayant légué le fonds à l'usufruitier, le testament a ensuite été rescindé comme inofficieux, l'usufruit subsiste : car il se trouve que l'usufruitier n'a réellement pas acquis la propriété : *mansisse fructûs jus integrum, ex post facto apparuit* (3). — Mais une fois que l'usufruitier a réellement acquis la propriété, peu importe qu'il la conserve ou qu'elle lui échappe. Ainsi, le propriétaire d'un fonds vous lègue purement et simplement l'usufruit, en même temps qu'il lègue la nue-propriété à Titius sous condition; après la mort du testateur, la condition étant encore en suspens, vous acquérez de l'héritier la nue-propriété; puis la condition se réalise, ce qui fait passer la nue-propriété à Titius : Julien décide avec raison que vous avez perdu l'usufruit, et qu'ainsi Titius va se trouver plein propriétaire : *dùm enim proprietatem adquiris, jus omne legati usûsfructûs amisisti* (4).

6° L'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier. — *Quid* si l'usufruit appartient à une personne morale, à une *universitas?* L'usufruit alors dure cent ans, à moins, bien entendu, que l'*universitas* ne soit dissoute avant l'expiration de ce terme (5).

7° Enfin l'usufruit s'éteint *tempore*, par l'expiration du terme fixé à sa durée. Il est à remarquer, du reste, que la fixation d'un terme ne peut qu'abréger, ne peut jamais augmenter la durée de l'usufruit : ainsi, toute cause d'extinction survenant *ante diem* mettra fin à l'usufruit. — Un usufruit a été constitué pour durer

(1) C'est aussi la manière de voir de Mühlenbruch.
(2) Inst., § 3 *De usufr.*
(3) Papinien, L. 57 pr., D., *De usufr.*
(4) L. 17, D., *Quib. mod. usufr. am.* (7, 4).
(5) Gaius, L. 56, D., *De usufr.* Chez les Romains on a pris ce que l'on peut considérer comme le terme le plus long de la vie humaine. Chez nous, au contraire, on a pris la durée moyenne, trente ans (C. Nap., art. 619).

jusqu'à ce que Titius ait atteint l'âge de 25 ans : qu'arrivera-t-il si Titius meurt avant d'avoir atteint cet âge? Justinien nous apprend que dans l'ancien droit il y avait doute sur ce point ; il décide que l'usufruit continuera jusqu'au moment où Titius aurait atteint 25 ans s'il ne fût pas mort : *neque enim testator ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula* (1).

— L'usufruit qu'une personne acquiert *per servum aut per filium* s'éteindra-t-il par la mort ou par la *capitis diminutio* de cette personne? devrons-nous, au contraire, prendre en considération la mort ou le changement d'état de l'esclave ou du fils de famille? Dans l'ancien droit, on distinguait. L'usufruit avait-il été établi *inter vivos :* c'est la personne du père ou du maître que l'on considérait. Avait-il été établi *mortis causâ :* c'est à celle de l'esclave ou du fils de famille que l'on s'attachait. *Ususfructus* DO LEGO *servo legatus morte et alienatione servi perit*; *si stipuletur*, *non perit* (2). — Lorsque l'usufruit avait été légué à un esclave et qu'ensuite cet esclave était aliéné pour partie, trois opinions distinctes s'étaient produites, *tres sententiæ vertebantur : una, quæ dicebat, ex particulari alienatione servi totum usumfructum diminui ; alia, in tantum usumfructum diminui in quantum et servus alienaretur; tertia, quæ definiebat partem quidem servi posse alienari, totum autem usumfructum apud eum remanere qui anteà servum in solidum habebat. Et in novissimâ sententiâ summum auctorem juris scientiæ Salvium Julianum esse invenimus*..... (3).

Dans le droit de Justinien, l'usufruit ne s'éteint jamais par la mort ou par le changement d'état de la personne *alieni juris* par l'entremise de laquelle il a été acquis. Et, lorsque l'usufruit a été acquis par l'entremise d'un fils de famille, le père venant à le perdre *morte* ou *capitis diminutione*, c'est ce fils, eût-il été exhérédé, qui en profite (4).

V. *Choses susceptibles d'usufruit.* — Toutes choses corporelles, meubles ou immeubles, sont susceptibles du droit d'usufruit. Il

(1) L. 12, C., *De usufr.* (3, 33). — Même décision chez nous (C. Nap., art. 620).
(2) *Fragm. du Vatican*, § 57.
(3) Justinien, L. 15, C., *De usufr.*
(4) Justinien, L. 17, C., *De usufr.*

n'y a exception que relativement à celles qui se consomment *primo usu*, dont on ne peut pas faire usage sans les détruire. Pour ces choses, *uti*, c'est *abuti ;* or, l'usufruitier n'a pas le *jus abutendi* (1).

Mais qu'arrivera-t-il si en fait un testateur a légué l'usufruit de pareilles choses, par exemple du vin renfermé dans sa cave ? Du temps de Cicéron, ce legs était considéré comme nul (2). Un sénatusconsulte, dont nous ne connaissons pas la date précise, mais qui a été commenté par Sabinus, vint donner effet à la disposition dont il s'agit. *Utilitatis causâ senatus censuit posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur... Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, nec enim poterat, sed per cautionem quasi usumfructum constituit* (3).

On peut conjecturer que le sénatusconsulte qui a ainsi établi le quasi-usufruit se rattachait au système des lois caducaires. D'après ces lois, deux époux qui n'ont point d'enfants peuvent se donner l'un à l'autre *mortis causâ* un dixième en propriété, plus un tiers en usufruit (4). Il est bizarre que cette quotité disponible se trouve restreinte parce que celui qui voudrait donner à son conjoint le plus possible a une fortune composée uniquement de choses qui se consomment *primo usu :* le conjoint, en cas pareil, ne pourra recevoir qu'un dixième en propriété, puisque la fortune du donateur ne se prête à aucune constitution d'usufruit. Le sénatusconsulte qui nous occupe a eu notamment pour résultat de faire cesser cette bizarrerie.

En vertu du sénatusconsulte, celui à qui on a légué l'usufruit d'objets qui se consomment *primo usu* devient propriétaire des objets eux-mêmes ; seulement il donne caution de rendre pareille valeur *si morietur aut capite minuetur*. Devenant propriétaire, il est évident qu'il a un droit non susceptible de s'éteindre par le non-usage : *pecuniæ ususfructus legatus per annum non utendo non amittitur, quia nec ususfructus est, et pecuniæ dominium fructuarii, non heredis, est* (5).

(1) Inst., § 2 (au commencement) *De usufr.*
(2) *Topiques*, nº 3 *in fine*.
(3) Inst., même § 2.
(4) *Fragm. d'Ulpien*, Tit. XV.
(5) *Fragm. du Vatican*, § 46.

Lorsque c'est l'usufruit d'une somme d'argent qui a été légué, il n'y aura point de difficulté sur la nature du droit appartenant au légataire : il aura la propriété des écus. Mais il y a des choses relativement auxquelles on peut se demander si le légataire doit avoir l'usufruit proprement dit, ou bien au contraire le quasi-usufruit, c'est-à-dire le droit de propriété. C'est ici une pure question de fait, qu'il faudra toujours décider conformément à l'intention probable du testateur. Par exemple, léguer à quelqu'un l'usufruit de vêtements, est-ce lui léguer ce que nous appelons le *quasi-usufruit* ? Oui, d'après les Institutes, car elles comptent les *vestimenta* parmi les objets qui se consomment *primo usu*. Mais le contraire est énoncé dans certains autres textes. Il y a sans doute une distinction à faire. S'agit-il de vêtements destinés à l'usage de tous les jours : on peut les assimiler aux choses qui se consomment *primo usu* : ce ne sont pas les vêtements mêmes qui viennent du testateur que le légataire devra rendre à l'expiration de l'usufruit. S'agit-il, au contraire, de vêtements de cérémonie, qu'on met une ou deux fois par an, qui ne s'usent pas vite : il est à présumer que le testateur a entendu constituer un usufruit proprement dit.

Quand il s'agit de choses autres que de l'argent qui se consomment *primo usu*, qu'est-ce qu'on aura précisément à restituer *finito usufructu*? D'après les Institutes, les choses ont été livrées au légataire pour devenir sa propriété ; mais elles ont été estimées, et le légataire a donné caution *ut, si morietur aut capite minuetur*, *tanta pecunia restituatur quanti hæ fuerint æstimatæ*. Ce qui est restitué à la fin de l'usufruit, c'est donc le montant de l'estimation qui a dû être faite au commencement. Si cette estimation n'avait pas été faite, il faudrait restituer des choses de même espèce et de même qualité que celles qui ont fait l'objet de la disposition ; et alors il y aurait une chance à courir, attendu que le prix de ces choses peut s'élever ou s'abaisser dans l'intervalle. Gaius fait sans doute allusion à l'incertitude qui existe alors, quand il dit : *A legatario cautio desideranda est*, *ut*, *quandoque is mortuus aut capite deminutus sit*, *ejusdem qualitatis res restituatur ; aut*, *æstimatis rebus*, *certæ pecuniæ nomine cavendum est*, *quod et commodius est* (1).

(1) L. 7, D., *De usufr. ear. rer.* (7, 5).

— Le Sénatusconsulte qui a établi le quasi-usufruit a été appliqué encore à des cas où il ne s'agissait pas de choses qui se consomment *primo usu :* par application de ce Sénatusconsulte, on a donné effet au legs d'usufruit de choses incorporelles : *post quod senatusconsultum*, dit Ulpien, *omnium rerum ususfructus legari potest* (1). Pourrais-je donc léguer l'usufruit d'une créance, d'un *nomen*, que j'ai sur un tiers? *Nerva negavit; sed est verius*, ajoute Ulpien, *quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva, ipsi quoque debitori posse usumfructum legari scribit, et remittendas ei usuras*. Et alors, comme le fait remarquer Paul, même ce débiteur, à qui est légué l'usufruit de ce qu'il doit, sera tenu de fournir caution : *ergò cautio etiam ab hoc exigenda erit* (2). En effet, ce débiteur se trouve dispensé de payer le capital, même après l'échéance de sa dette, tant que dure l'usufruit, et il est à craindre qu'il ne devienne insolvable.

De même, il peut se faire que le propriétaire d'un fonds lègue à son voisin, non pas une servitude à constituer sur le fonds, mais seulement l'usufruit d'une pareille servitude. Rigoureusement, ce legs est nul; mais cependant on lui donnera effet, au moyen d'expédients que fournissent les principes généraux du droit. C'est ce que dit très-bien le jurisconsulte Paul : *Nec usus nec ususfructus itineris, actûs, viæ, aquæductûs, legari potest, quia servitus servitutis esse non potest. Nec erit utile ex Senatusconsulto quo cavetur ut omnium quæ in bonis sint ususfructus legari possit, quia id neque ex bonis neque extrà bona sit. Sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem præstet; aut ea servitus constituatur sub hâc cautione ut, si decesserit legatarius vel capite deminutus (ex magnâ causâ) fuerit, restituatur* (3). Il est clair que, quel que soit celui des deux procédés indiqués que l'on emploie, le légataire se trouvera, en définitive, avoir l'équivalent de l'usufruit qui lui a été laissé.

(1) L. 3, D., *De usufr. ear. rer.*
(2) Même L. 3 et L. 4 *De usufr. ear. rer.*
(3) L. 1, D., *De usu et usufr.* (33, 2).

De l'usage et de l'habitation.

On peut détacher de la propriété *usus sine fructu*. Le propriétaire peut conférer à Titius le *jus utendi* en se réservant à lui-même ou en conférant à un tiers le *jus fruendi*. Alors l'usager Titius aura seul le droit de se servir de la chose, sauf ce qui est nécessaire pour l'exercice du *jus fruendi*. Si par exemple Titius a l'usage d'un fonds de terre, il peut s'y promener, y séjourner à son gré; mais il ne peut pas empêcher celui qui a le *fructus* d'y venir de son côté pour cultiver le fonds, pour faire les récoltes, etc. Comme le dit Ulpien, *fructui et usus inest, usui fructus deest : fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest* (1).

Les modes de constitution et les modes d'extinction de l'usufruit s'appliquent également à l'usage (2). Nous pouvons seulement remarquer qu'il n'existe pas d'usage légal ou établi par la seule volonté de la loi.

Dans sa pureté primitive, l'*usus* est simplement le droit de se servir d'une chose par soi-même et sans toucher aux fruits. Aux Institutes, on exprime à plusieurs reprises cette idée que l'usager doit exercer son droit par lui-même, qu'il ne peut pas le vendre, qu'il ne peut pas louer les services de la chose (3). D'après cela, quand j'ai l'usage d'une maison, je puis l'habiter avec ma famille, je ne puis pas y installer des locataires. Quand j'ai l'usage d'un esclave ou d'une bête de somme, je puis le faire travailler pour moi-même, je ne puis pas louer ses services à autrui, etc. — Mais l'interprétation des jurisconsultes a étendu sous deux rapports ce droit qui originairement appartient à l'usager :

1° Là où le *nudus usus* serait en réalité insignifiant, on a permis à l'usager dans une certaine mesure de participer au *fructus* : l'usager pourra prendre des fruits de la chose jusqu'à concurrence de ses besoins. Cela se comprend d'autant mieux qu'il est de principe chez les Romains que les dispositions testamentaires doivent être interprétées largement. Ainsi, celui à qui a été légué l'usage d'un

(1) L. 14 § 1, D., *De usu et habit.* (7, 8).
(2) Gaius, L. 3 § 3, D., *De usufr.*; Inst., pr. *De usu et habit.* (II, 5).
(3) Voy. §§ 1 *in fine*, 2 et 3, *De usu et habit.*

fonds de terre peut y prendre des légumes, des fruits, du bois *ad usum quotidianum* (1). Celui à qui a été légué l'usage d'un troupeau, d'après les Institutes, *neque lacte neque agnis neque lanâ utitur, quia ea in fructu sunt; planè ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest* (2). Ulpien commence par dire que tel était effectivement l'avis de Labéon ; mais il ajoute : *Hoc amplius, etiam modico lacte usurum puto : neque enim tàm strictè interpretandæ sunt voluntates defunctorum* (3). En effet, une fois abandonné le principe rigoureux d'après lequel l'usager n'a aucun droit aux fruits, il est facile de comprendre que les uns s'en soient écartés un peu plus, les autres un peu moins. On est même arrivé à dire, relativement au bois taillis, que l'usager peut, comme l'usufruitier, faire les coupes et vendre le produit : *Divus Hadrianus, cùm quibusdam usus sylvæ legatus esset, statuit fructùm quoque eis legatum videri : quia, nisi liceret legatariis cædere sylvam et vendere, quemadmodùm usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato* (4).

2° L'usager d'une maison n'a que le droit de l'habiter avec sa famille ; et, comme on le dit, aux Institutes, *vix receptum esse videtur ut hospitem ei recipere liceat* (5). Cependant on a fini par lui permettre d'user jusqu'à un certain point par autrui. Voici, en effet, ce que dit Ulpien : *An etiam inquilinum recipere possit, apud Labeonem memini tractatum libro Posteriorum. Et ait Labeo eum qui ipse habitat, inquilinum posse recipere... Secundùm hæc, et si pensionem recipiat, dùm ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum : quid enim si tàm spatiosæ domùs usus sit relictus homini mediocri, ut portiunculâ contentus sit?...* (6).

— Comme l'usufruitier, l'usager doit entretenir la chose et fournir caution *se boni viri arbitratu usurum.*

— Celui à qui on a légué l'usage de choses qui se consomment *primo usu* est exactement dans la même position que si on lui en avait légué l'usufruit (7).

(1) Inst., § 1 *De usu et habit.*
(2) Inst., § 4 *De usu et habit.*
(3) L. 12 § 2, D., *De usu et habit.*
(4) L. 22 pr., D., *De usu et habit.*
(5) § 2 *De usu et habit.*
(6) L. 2 § 1 et L. 4 pr., *De usu et habit.*
(7) Ulpien, L. 5 § 2, D., *De usufr. ear. rer.*

Une servitude personnelle qui ne se confond absolument ni avec l'usufruit ni avec l'usage, c'est ce qu'on appelle l'*habitatio*. Justinien exprime cette idée : *Si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus* (1). A l'origine, on avait discuté sur le point de savoir si celui à qui l'*habitatio* a été léguée peut habiter la maison pendant toute sa vie ou seulement pendant une année (2); dans l'opinion qui a prévalu, il a un droit viager, comme si on lui avait légué l'usage ou l'usufruit. Ulpien constate que par le fait ce droit ressemble beaucoup au droit d'usage : *Si habitatio legetur*, dit-il, *an perindè sit atque si usus, quæritur. Et effectu quidem idem penè esse legatum usûs et habitationis, et Papinianus consensit : deniquè donare non poterit.* Il signale cependant deux différences : à la différence de l'*usus*, l'*habitatio* ne s'éteint ni par le non-usage ni par la *capitis deminutio* (3). Sous ce rapport, l'*habitatio legata* ressemble au legs *in singulos annos*. C'est ce que dit Modestin : *Legatum in annos singulos vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit; capitis deminutione tamen interveniente perseverat : videlicet, quia tale legatum in facto potius quàm in jure consistit* (4). Du reste, le legs *in singulos annos* a ceci de particulier que *ingressu cujuslibet anni si decesserit legatarius, ejus anni legatum heredi suo relinquit* (5).

Comme l'usufruitier et comme l'usager, le légataire de l'*habitatio* doit donner caution (6). On comprend qu'il y a exactement même raison.

Il paraît que, quand l'*habitatio* était donnée entre-vifs, elle s'éteignait, non-seulement à la mort du donataire, mais de même à la mort du donateur. C'est du moins ce qu'on peut conclure d'un texte de Papinien et d'un autre de Scévola (7).

— Justinien, voulant trancher, nous dit-il, d'anciennes contro-

(1) Inst., § 5 (au commencement) *De usu et habit.*
(2) L. 10 § 3, D., *De usu et habit.*
(3) Même L. 10, pr.
(4) L. 10, D., *De capite min.* (4, 5).
(5) Gaius, L. 8, D., *De annuis leg.* (33, 1).
(6) Ulpien, L. 5 § 3, D., *Usufr. quemadm. cav.* (7, 9).
(7) Papinien, L. 27, et Scévola, L. 32, D., *De donat.* (39, 5).

verses, a décidé, conformément à l'opinion de Marcellus, que le légataire de l'*habitatio* peut, à son gré, ou habiter lui-même la maison ou la donner à loyer (1). C'est une nouvelle différence entre l'*habitatio* et l'*usus ædium*.

Dans plusieurs textes on suppose qu'un testateur a légué à Titius les *operæ* d'un esclave. Il parait que le légataire acquiert alors sur l'esclave une sorte de droit de servitude personnelle, et cela explique la place du Titre *De operis servorum* dans le Livre VII du Digeste. Certains jurisconsultes assimilaient même le droit de ce légataire à l'*usus : Operis servi legatis*, dit Terentius Clemens, *usum datum intelligi et ego didici et Julianus existimat* (2). On nous signale cependant certains caractères particuliers du droit dont il s'agit : *Hominis operæ legatæ*, dit Papinien, *capitis deminutione vel non utendo non amittuntur. Et quoniam ex operis mercedem legatarius percipere potest, etiam operas ejus ipse locare poterit. Quas si prohibeat heres capi, tenebitur. Idem est, et si servus se locaverit. Et, quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit; sed, servo usucapto, legatum perit* (3).

Les *operæ* étant des fruits, il s'ensuit que le légataire doit pourvoir à toutes les dépenses que nécessite l'entretien de l'esclave : *ut in cæteris rebus fructus deductis necessariis impensis intelligitur, ità et in operis servorum* (4).

L'esclave est mis en la possession du légataire. En conséquence, le légataire doit donner caution, comme l'usufruitier et comme l'usager. Il en serait de même, dit Ulpien, si on avait légué les *operæ*, non d'un esclave, mais *cujus alterius animalis* (5).

Nous revenons maintenant, avec Justinien, aux manières d'acquérir la propriété (6).

(1) L. 13, C., *De usufr.* (3, 33); Inst., § 5 *in fine De usu et habit.*
(2) L. 5, D., *De oper. serv.* (7, 7).
(3) L. 2, D., *De usu et usufr.* (33, 2).
(4) Gaius, L. 4, D., *De oper. serv.*
(5) L. 5 § 3, D., *eod. Tit.*
(6) Inst., § 6 *De usu et habit.*

DE L'USUCAPION ET DE LA *POSSESSIO LONGI TEMPORIS*.

L'usucapion, dans l'ancien droit romain, avait deux applications distinctes :

1° Lorsque le propriétaire d'une chose *mancipi* la livre *ex justâ causâ*, l'*accipiens* n'en devient pas immédiatement *dominus ex jure Quiritium* : il acquerra le *dominium* par l'usucapion, au moyen d'une possession prolongée pendant un certain temps. *Semel impletâ usucapione, proindè pleno jure incipit, id est et in bonis, et ex jure Quiritium, tua res esse ac si ea mancipata vel in jure cessa esset* (1).

2° Lorsqu'une chose *mancipi* ou *non mancipi* est livrée *ex justâ causâ* par une personne qui n'a pas le pouvoir de l'aliéner, l'*accipiens* en deviendra propriétaire au moyen de l'usucapion, pourvu qu'il ait été de bonne foi, c'est-à-dire pourvu qu'il ait cru recevoir cette chose de quelqu'un ayant pouvoir de l'aliéner. *Etiam earum rerum usucapio nobis competit quæ non a domino nobis traditæ fuerint sive mancipi sint eæ res sive nec mancipi, si modò eas bonâ fide acceperimus, cùm crederemus eum qui tradiderit dominum esse. Quod ideò receptum videtur ne rerum dominia diutiùs in incerto essent, cùm sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est* (2).

Arrêtons-nous un instant sur les ressemblances et sur les différences qui existent entre les deux cas. Dans l'un comme dans l'autre, la tradition doit avoir été faite *ex justâ causâ*, c'est-à-dire en exécution d'un acte qui révèle l'intention d'aliéner ; la possession doit avoir duré deux ans, s'il s'agit d'un immeuble, un an s'il s'agit d'un meuble ; enfin, si celui qui est *in causâ usucapiendi* venait à perdre la chose, le Préteur lui donnerait l'action Publicienne pour la recouvrer. — Voici maintenant les différences : 1° La bonne foi est exigée de l'*accipiens* dans le deuxième cas, tandis qu'il ne

(1) Gaius, II, § 41.

(2) Gaius, II, §§ 43 et 44. Comp. Inst., pr. (au commencement) *De usucap.* (II, 6).

peut même pas en être question dans le premier : car la bonne foi est l'erreur qui consiste à croire que le *tradens* est propriétaire ou du moins qu'il a pouvoir d'aliéner. 2° Dans le deuxième cas, l'*accipiens* peut être évincé par le *dominus*, tant qu'il n'a pas complété l'usucapion, tandis que, dans le premier cas, il n'a rien de semblable à craindre : si le *tradens* ou un ayant-cause du *tradens* s'avisait de revendiquer contre lui, à une époque où il n'a pas encore complété l'usucapion, il pourrait le repousser par l'exception *rei venditæ et traditæ*, *rei donatæ et traditæ*, etc. En un mot, dans le premier cas, la personne qui est *in causâ usucapiendi* a déjà la chose *in bonis :* au fond, elle a presque tous les avantages de la propriété (1).

Le temps exigé, avons-nous dit, est tantôt d'un an et tantôt de deux ans. Il paraît que la loi des douze Tables exigeait deux ans pour les *fundi*, un an pour les *cæteræ res ;* on avait considéré les maisons comme devant être soumises à la règle établie pour les *fundi*. *Quoniam usûs auctoritas fundi biennium est*, *sit etiam ædium ; at in lege ædes non appellantur*, *et sunt cæterarum rerum omnium*, *quarum annuus est usus* (2).

L'usucapion est une manière d'acquérir du droit civil, qui par conséquent n'est pas accessible aux étrangers. C'est ce que la loi des douze Tables exprimait déjà, en ces termes : *Adversùs hostem æterna auctoritas* (3).

— La *possessio* ou *præscriptio longi temporis* était originairement une espèce d'exception au moyen de laquelle l'homme qui depuis longtemps possédait une chose pouvait repousser ceux qui l'actionnaient en restitution. Cela était surtout utile pour les fonds provinciaux non gratifiés du *jus italicum*, l'usucapion ne s'appliquant pas à ces sortes de biens. — On finit même par admettre que celui qui aurait accompli la *præscriptio longi temporis* pourrait

(1) Cependant, s'il s'agit d'un esclave, en l'affranchissant elle le fait seulement latin, non citoyen romain ; si l'esclave ainsi affranchi doit être en tutelle, elle n'a pas la tutelle ; enfin elle ne pourrait pas léguer *per vindicationem* la chose qu'elle a simplement *in bonis*.

(2) Cicéron, *Topiques*, n° 4. Cicéron exprime encore la même idée dans son discours *pro Cæcinâ*, n° 19. Comp. Gaius, II, § 54.

(3) Cicéron, *De offic.*, I, n° 12.

obtenir une action analogue à la revendication. Justinien, qui le décide expressément, ajoute : *Hoc enim et veteres leges* (*si quis eas rectè inspexerit*) *sanciebant* (1).

La *præscriptio longi temporis*, comme l'usucapion qu'invoque celui qui a reçu une chose *a non domino*, exige une possession prolongée, une *justa causa*, la *bona fides*. Du reste, indépendamment du délai, qui n'est pas le même, voici deux différences fondamentales entre cette *præscriptio* et l'usucapion :

1° Celui qui usucape se trouve dans la même position où il serait si le propriétaire de la chose la lui avait directement transférée : en conséquence, il acquiert la chose grevée des droits de servitude ou d'hypothèque qui la grevaient entre les mains du précédent propriétaire. Cela se comprend bien pour l'hypothèque; mais l'usufruit, par exemple, n'est-il pas nécessairement éteint *non utendo*, au moment où le possesseur accomplit l'usucapion ? Sans doute il est éteint si, existant déjà au moment où j'ai commencé à posséder la chose, il n'a pas été exercé depuis. Mais il est possible que le propriétaire l'ait constitué par legs ou par *in jure cessio* pendant que j'étais *in causâ usucapiendi* : alors, à l'instant où j'accomplis mon usucapion, il ne peut pas encore être éteint *non utendo*. On peut supposer aussi que l'usufruit existait déjà lors de mon entrée en possession, et qu'il a été vendu par l'usufruitier, cas auquel il se conserve même indépendamment de tous actes d'exercice de la part de l'acheteur (2). — Ainsi, par l'usucapion j'acquiers la propriété *salvo jure servitutis vel hypothecæ*. Au contraire, quand je puis invoquer la *præscriptio longi temporis*, ce n'est pas seulement contre le propriétaire, c'est également contre tous ceux qui prétendraient avoir acquis, du chef de précédents propriétaires, un droit réel sur la chose. — De là résulte que, même au sujet d'un meuble ou d'un immeuble situé en Italie, je puis avoir grand intérêt à me prévaloir de la *præscriptio longi temporis* plutôt que de l'usucapion. Aussi le jurisconsulte Marcien nous apprend-il que, *rescriptis quibusdam Divi Magni Antonini cavetur ut in rebus mobilibus locus sit præscriptioni diutinæ possessionis* (3).

(1) L. 8 pr., C., *De præscr. XXX vel XL ann.* (7, 39).
(2) Ci-dessus, p. 533.
(3) L. 9, D., *De divers. tempor. præscript.* (44, 3).

2° Lorsque je suis en train d'usucaper la chose que j'ai reçue *a non domino*, la revendication que formerait contre moi le propriétaire n'interrompt point mon usucapion, en sorte que je pourrai l'accomplir *inter moras litis*, et alors les droits par moi consentis à des tiers sur la chose se trouveront parfaitement valables : *Si post acceptum judicium*, dit Gaius, *possessor usu hominem cepit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere : periculum est enim ne eum vel pignoraverit vel manumiserit* (1). — En matière de *præscriptio longi temporis*, il en est tout autrement. Le possesseur doit faire insérer dans la formule de l'action dirigée contre lui la *præscriptio* qu'il invoque : il faut donc qu'il ait le temps de possession voulu, au moment de la rédaction de la formule, lors de la *litis contestatio* ou du *judicium acceptum;* il lui est impossible de se prévaloir du temps pendant lequel il a pu posséder encore depuis ce moment-là. *Si possessor inquietatus est*, disent les empereurs Sévère et Antonin, *etsi posteà per longum tempus sine aliquâ interpellatione in possessione remansit, tamen non potest uti longi temporis præscriptione* (2).

— Dans le droit de Justinien, la première application de l'usucapion a complétement disparu : en effet, la distinction des *res mancipi* et des *res nec mancipi* a été supprimée, et une personne ne peut plus avoir une chose *in bonis*, tandis qu'une autre personne aurait sur la même chose le *nudum jus Quiritium*. De même, comme nous le savons, on ne distingue plus les fonds italiques et les fonds provinciaux : la tradition s'applique, avec le même effet, aux uns et aux autres. Celui qui reçoit une chose *a non domino, ex justâ causâ* et de bonne foi, celui-là en devient propriétaire par une possession prolongée ; mais quel est le délai? En fait d'immeubles, c'est le délai de l'ancienne *præscriptio longi temporis*, c'est-à-dire dix ou vingt ans; en fait de meubles, c'est un délai de trois ans. De plus, on peut remarquer qu'habituellement, quand il s'agit d'immeubles, Justinien parle de *præscriptio* ou *possessio longi temporis*, tandis qu'il parle d'*usucapio* quand il s'agit de meubles. S'ensuit-il que,

(1) L. 18, D., *De rei vindic.*

(2) L. 1, C., *De præscr. longi temp.* (7, 33). Voy. aussi Dioclétien et Maximien, L. 10 *eod. Tit.*

dans le droit de Justinien, on applique aux immeubles les règles spéciales de l'ancienne *præscriptio longi temporis*, et aux meubles les règles spéciales de l'ancienne *usucapio*? C'est l'avis de plusieurs interprètes très-distingués. Je suis plutôt porté à croire qu'il faut toujours appliquer les principes de l'ancienne usucapion; que, sauf en ce qui concerne le délai, Justinien a entendu les consacrer d'une manière générale. Cela me paraît ressortir avec évidence des expressions mêmes qu'il emploie aux Institutes : *Constitutionem super hoc promulgavimus, quâ cautum est ut res quidem mobiles per triennium, immobiles verò per longi temporis possessionem...*, USUCAPIANTUR (1). Je dirais donc que, dans le droit de Justinien, la propriété est acquise *salvo jure servitutis vel hypothecæ*, et qu'il n'y a point d'interruption civile résultant de la poursuite dirigée contre le possesseur.

Indépendamment de l'*usucapio* et de la *præscriptio longi temporis*, dont nous venons de parler, il existe encore, dans le droit de Justinien, une *præscriptio triginta annorum*, opposable par un possesseur quelconque au propriétaire qui a laissé passer trente ans sans revendiquer sa chose. Cette prescription de trente ans remonte à une Constitution célèbre de Théodose le Jeune (2). Du reste, Justinien a décidé expressément qu'un possesseur de mauvaise foi pourrait bien invoquer la prescription dont il s'agit, pour se défendre contre une action, mais non pour intenter lui-même une action (3). — La prescription de trente ans est ce que les interprètes appellent souvent *præscriptio longissimi temporis* ou *usucapio extraordinaria*.

Relativement aux biens des églises, il existe une prescription de cent ans; Justinien, dans sa Novelle 111, a réduit le délai à quarante ans. — Une autre prescription de quarante ans est celle qui peut être opposée, par le débiteur, à l'action hypothécaire.

Sur la matière de l'usucapion et de la *possessio longi temporis*, nous avons maintenant à étudier, en détail, les quatre points sui-

(1) Pr. *De usucap.* La Constitution à laquelle ce texte fait allusion est la L. un., C., *De usucap. transform.* (7, 31).
(2) L. 3, C., *De præscr.* XXX *vel* XL *ann.* (7, 39).
(3) L. 8, C., *eod. Tit.*

vants : 1° Des choses qui peuvent s'acquérir de cette manière; 2° De la *justa causa* : 3° De la *bona fides*; 4° Du temps pendant lequel doit avoir duré la possession.

I. En général, tout ce qui est dans le commerce, peut s'acquérir par l'usucapion. Cette formule exclut déjà les hommes libres, les choses sacrées ou religieuses, les choses du domaine public (1). — Quant aux choses du domaine privé, il faut sans doute admettre en principe qu'à moins d'une exception formellement écrite dans la loi elles pouvaient être usucapées; tout au moins, il résulte d'un texte de Paul que la *præscriptio longi temporis* est possible *adversùs rempublicam*, contre une ville (2). — Nous savons déjà que, dans l'ancien droit, la *præscriptio longi temporis* s'appliquait aux fonds provinciaux, mais non l'usucapion (3). Nous savons également qu'en vertu de la loi Scribonia l'acquisition des servitudes par usucapion a été abolie (4).

Toujours dans l'ancien droit, les *res mancipi* appartenant à une femme en tutelle ne peuvent pas être usucapées, à moins qu'elles n'aient été livrées par la femme elle-même autorisée de son tuteur. La loi des douze Tables, qui avait posé cette règle, parlait seulement de la femme *in tutelâ agnatorum*; mais il est probable que la règle a été ensuite appliquée à tous les cas (5).

Toute chose qui a été volée ou dont on s'est emparé par violence se trouve entachée d'un vice tel que l'usucapion, désormais, ne peut plus s'y appliquer. *Aliquandò*, dit Gaius, *etiamsi maximè quis bonâ fide alienam rem possideat, nunquàm tamen illi usucapio procedit : velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nàm furtivam lex* XII *Tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Julia et Plautia* (6). On considère comme *res furtiva* l'esclave qui s'est

(1) Voy. effectivement Gaius, Comment. II, § 48, et L. 9, D., *De usurpat.* (41, 3); Inst., § 1 *De usucap.*

(2) *Viginti annorum præscriptio etiam adversùs rempublicam prodest ei qui justum initium possessionis habuit, nec medio tempore interpellatus est*... (*Sentences*, V, II, § 4).

(3) Gaius, II, § 46.

(4) Voy., ci-dessus, p. 508.

(5) Gaius, II, § 47. Comp. les *Fragm. du Vatican*, § 1.

(6) Comment. II, § 45. Les Institutes, § 2 *De usucap.*, à côté de la loi des douze Tables, citent la loi Atinia comme ayant prohibé l'usucapion des choses furtives.

enfui : prendre ainsi la fuite, c'est *furtum suî facere*.—Quand même la chose qui a été volée ou occupée par violence, quand même l'esclave qui s'est enfui, ne se trouvait pas *apud dominum*, de sorte que c'est un simple possesseur qui se trouve victime du vol, ou de la violence, il n'y en a pas moins obstacle à l'usucapion. Paul le dit positivement pour le cas de violence : *Etiamsi malâ fide fundum me possidentem dejeceris, et vendideris, non poterit capi, quoniam verum est vi possessum esse, licet non a domino* (1). — Suivant Aulu-Gelle (*Nuits att.*, XVII, 7), la loi Atinia avait une disposition ainsi conçue : *Quod subreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto.*

Quand on dit que la *res furtiva* et la *res vi possessa* ne peuvent pas être usucapées, évidemment on ne veut pas dire que l'usucapion est interdite au voleur ou à l'usurpateur violent : cela va de soi, puisque, pour pouvoir usucaper, avant tout il faut être de bonne foi. On veut dire que la chose, une fois qu'elle a été volée ou possédée par violence, vînt-elle ensuite à être possédée *ex justâ causâ* par un tiers de bonne foi, ne pourra pas être usucapée par lui. C'est ce qu'expliquent très-bien Gaius et, après lui, Justinien (2).

Les *res furtivæ* n'étant pas susceptibles d'être usucapées, il peut sembler, au premier abord, qu'en fait de meubles il n'y aura jamais lieu à usucapion. En effet, de deux choses l'une : ou le meuble appartenant à Titius est parvenu entre mes mains par sa volonté, et alors je n'ai pas besoin de l'usucaper pour en devenir propriétaire (3) ; ou bien, au contraire, ce meuble m'étant parvenu sans la volonté de Titius, c'est que Titius a été victime d'un *furtum*, et alors je ne pourrai pas usucaper. La difficulté est signalée par Gaius. Après avoir indiqué en quel sens les *res furtivæ* ou *vi possessæ* ne peuvent pas être usucapées, Gaius ajoute : *Undè in rebus mobilibus non facilè procedit ut bonæ fidei possessori usucapio competat, quia qui alienam rem vendidit et tradidit furtum committit, idemque accidit etiamsi ex aliâ causâ tradatur* (4). Il y a

(1) L. 4 § 23, D., *De usurpat.*

(2) Gaius, II, § 49; Inst., § 3 *De usucap.*

(3) Sauf, dans l'ancien droit, le cas d'un meuble *mancipi* qui m'aurait été simplement livré.

(4) Gaius, II, § 50 (1er alinéa); Inst., § 3 *in fine De usucap.*

cependant quelques cas où l'usucapion d'un meuble sera possible. Supposons qu'un meuble avait été prêté ou loué à Sempronius; Sempronius étant mort, son héritier croit que ce meuble fait partie de l'hérédité, il me le vend et me le livre : évidemment il n'y a eu de la part de l'héritier aucun *furtum :* si moi-même je suis de bonne foi, j'usucaperai (1). Autre cas. Un homme a l'usufruit d'une esclave, et celle-ci met au monde un enfant; l'usufruitier, considérant le part comme un fruit et s'en croyant propriétaire, me le vend et me le livre : évidemment il n'a pas commis un *furtum*, il a commis une erreur de droit : pourvu que je sois de bonne foi, je pourrai usucaper (2). Gaius et Justinien nous avertissent que l'usucapion d'un meuble peut encore se produire dans d'autres cas (3). Je citerai seulement le cas où une personne, se croyant par erreur appelée à une hérédité qui vient de s'ouvrir, m'a vendu et livré un meuble compris dans cette hérédité (4).

Relativement aux immeubles, on comprend que l'usucapion s'applique plus fréquemment. Ainsi une personne s'établit sans violence dans un immeuble qui pour le moment n'est point gardé. Cette personne ne commet pas un *furtum :* car l'opinion a prévalu que le *furtum* n'est possible que relativement aux meubles. Du reste, elle ne pourra pas usucaper : en effet, elle ne possède point *ex justâ causâ,* et elle n'est point de bonne foi. Mais si elle vend et livre l'immeuble à un tiers de bonne foi, l'usucapion pourra très-bien s'accomplir au profit de ce tiers (5). — Justinien, après avoir

(1) Gaius, II, § 50; Inst., § 4 *De usucap.*

(2) Gaius, II, § 50; Inst., § 5 *De usucap.* — Il faut supposer que moi je me trompe en fait, et non pas en droit : car l'erreur de droit ne peut pas servir à celui qui a besoin d'usucaper. Voy. Paul, L. 31 pr., D., *De usurpat.*

(3) Gaius, II, § 50 *in fine;* Inst., § 6 *De usucap.*

(4) Gaius, L. 36 § 1, D., *De usurpat.*

(5) Gaius, Comment. II, § 51; L. 37 § 1 et L. 38, D., *De usurpat.;* Inst., § 7 (1er alinéa) *De usucap.*

Justinien, dans la Novelle 119, chap. 7, a modifié la règle dont il s'agit, pour le cas particulier où le véritable propriétaire ignore sa qualité de propriétaire et la vente qui a eu lieu : *Jubemus,* dit Justinien, *ut non aliter quàm XXX annorum præscriptione excludatur, cùm ille qui res hoc modo possidet dicere non possit se bonâ fide possidere, quandoquidem ab eo qui malâ fide possedit eas accepit.*

consacré cette décision, ajoute : *Et eorum utilitati qui res soli possederint, principalibus Constitutionibus prospicitur, ne cui longa et indubitata possessio auferri debeat* (1). Quel est le sens de cette phrase? que nous apprend-elle de nouveau? Je crois qu'il y a ici une certaine inadvertance du rédacteur des Institutes. Il avait sous les yeux le texte de Gaius; or, Gaius parlait exclusivement de l'usucapion comme pouvant être invoquée par le possesseur de bonne foi de l'immeuble. Alors la pensée du rédacteur des Institutes aura été celle-ci : « Le possesseur de bonne foi d'un immeuble ne peut pas invoquer seulement l'usucapion, comme le dit Gaius; il peut invoquer également la *præscriptio longi temporis*, ainsi qu'il résulte de différentes Constitutions impériales. » Ce qui rend très-obscur ce § des Institutes, c'est que, tout en copiant à peu près Gaius dans le 1er alinéa, on a étourdiment remplacé le mot *usucaper* dont il se servait par les mots *longâ possessione adquirere*, de sorte qu'il est difficile d'apercevoir le contraste entre le 1er alinéa et le 2e.

Le vice qui affecte la *res furtiva* ou *vi possessa*, et qui en rend l'usucapion impossible, ce vice ne pourra-t-il jamais être purgé? Nous voyons que le vice est purgé et que la chose redevient susceptible d'usucapion dès qu'elle est rentrée *in domini potestatem*, en la possession du propriétaire (2). En ce qui concerne les choses volées, cette règle paraît avoir été établie par la loi Atinia : *In lege Atiniâ*, dit effectivement Paul, *in potestatem domini rem furtivam venisse videri et si ejus vindicandæ potestatem habuerit*, *Sabinus et Cassius aiunt* (3). Ailleurs, le même jurisconsulte s'exprime en termes encore plus explicites : *Quod dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur nisi in potestatem ejus cui subrepta est revertatur, sic acceptum est ut in domini potestatem debeat reverti, non in ejus utique cui subreptum est : igitur creditori subrepta, et ei cui commodata est, in potestatem domini redire debet* (4). — Pour que le vice soit purgé, il ne suffit pas qu'en fait la chose soit revenue *in potestatem domini*; il faut, de plus, que le propriétaire en ait

(1) Inst., même § 7, *in fine*.
(2) Inst., § 8 *De usucap.*
(3) L. 215 *in fine*, D., *De verb. signif.*
(4) L. 4 § 6, D., *De usurpat.*

connaissance : *si ignorans rem mihi subreptam emam, non videri in potestatem meam reversam* (1).

— Déjà dans l'ancien droit, les biens du fisc ne pouvaient pas être usucapés. Du reste, les biens compris dans une succession vacante ne sont considérés comme devenant biens du fisc, et, par conséquent, l'usucapion n'en est interdite, qu'après qu'ils ont été dénoncés aux agents du fisc (2). Il en est encore de même dans le droit de Justinien (3). Mais il faut bien remarquer que pour les *res fiscales* il y a lieu à la prescription de trente ans (4), et que pour les *fundi patrimoniales* de l'empereur il y a lieu à la prescription de quarante ans (5).

— Justinien pose en règle générale que l'usucapion n'est possible au profit du *justus possessor* que relativement à une chose *quæ in se vitium non habet* (6). Y a-t-il donc encore d'autres choses dont l'usucapion soit interdite? Il y en a encore plusieurs autres. Je citerai d'abord le fonds dotal. Bien que le mari soit propriétaire du fonds dotal, cependant, aux termes de la loi Julia, il ne peut pas l'aliéner sans le consentement de la femme, et on en conclut qu'un tiers possesseur ne peut pas l'usucaper : *vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapi* (7). Du reste, lorsque le possesseur d'un fonds est *in causâ usucapiendi*, l'usucapion régulièrement commencée ne sera point interrompue par cela seul que le propriétaire de ce fonds l'aura constitué en dot (8). — Nous reviendrons bientôt sur l'inaliénabilité du fonds dotal (9).

(1) L. 4 § 12, D., *De usurp.* Voy. aussi Tryphoninus, L. 86 *De furt.* (47, 2), et Neratius, L. 41 *De usurpat.*

(2) Sur la *nunciatio* ou *delatio ad fiscum*, voy. le Titre du Digeste *De jure fisci* (49, 14).

(3) Modestin, L. 18, D., *De usurpat.*; Alexandre, L. 2, C., *Communia de usucap.* (7, 30); Inst., § 9 *De usucap.*

(4) Arcadius, L. 6, C., *De fundis rei priv.* (11, 65).

(5) Anastase, L. 14, C., *De fundis patrimon.* (11, 61). — Comp. M. de Savigny, *System*, t. V, § 247, et M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. I, § 148.

(6) Inst., § 10 *De usucap.*

(7) Paul, L. 28 pr., D., *De verb. signif.*

(8) Tryphoninus, L. 16, D., *De fundo dot.* (23, 5). — Les rédacteurs du Code Napoléon ont reproduit cette disposition dans l'art. 1561.

(9) En expliquant le *princ.* du Titre des Institutes *Quib. alien. licet vel non* (II, 8).

Avant de rechercher quelles autres choses ne peuvent pas être usucapées, nous remarquerons qu'en général deux avantages distincts appartiennent à celui qui possède *ex justâ causâ* et de bonne foi : 1° il peut usucaper; 2° il gagne les fruits de la chose dont il n'est pas encore propriétaire. Du reste, il y a des cas où il ne cumulera pas les deux avantages, où un seul d'entre eux pourra se réaliser à son profit. Ainsi, d'abord la chose n'étant pas susceptible d'être usucapée, le possesseur dont nous parlons n'en gagne pas moins les fruits. Paul, après avoir posé le principe de l'acquisition des fruits par l'acheteur de bonne foi, ajoute : *Nec interest ea res, quam bonâ fide emi, longo tempore capi possit nec ne : veluti si pupilli sit, aut vi possessa, aut Præsidi contrà legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonæ fidei emptori* (1). Il résulte évidemment de ce texte que la chose qui appartient à un pupille n'est pas susceptible d'être usucapée. En est-il réellement ainsi? D'une part, on peut faire remarquer que le mot *pupilli* a sans doute été mis par erreur pour le mot *populi*, attendu que dans le passage correspondant des Basiliques il y a τοῦ δήμου. De plus, Julien, supposant qu'un tuteur a volé la chose de son pupille et ensuite l'a vendue, dit que l'usucapion ne sera possible qu'après que la chose sera revenue *in potestatem pupilli* (2). C'est donc que l'usucapion est empêchée par la circonstance que la chose est furtive, non par la circonstance qu'elle appartient à un pupille. Mais, d'un autre côté, Paul part bien de l'idée que le droit d'un pupille ne peut pas être perdu *non utendo*, et probablement aussi *usucapione*, lorsqu'il dit : *Si communem fundum ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur, tamen propter pupillum et ego viam retineo* (3). En somme, je crois que, du temps des jurisconsultes, l'usucapion était impossible, non pas pour tous les biens du pupille, mais pour les *prædia rustica* ou *suburbana*, qui ne pouvaient pas être aliénés sans un décret du magistrat. Une Constitution des empereurs Dioclétien et Maximien dit expressément que le bien d'un mineur ayant été usucapé, il y a lieu à l'*in integrum*

(1) L. 48 pr. *in fine*, D., *De adq. rer. dom.*

(2) L. 7 § 3, D., *Pro emptore* (41, 4).

(3) L. 10 pr., D., *Quemadm. serv. am.* (8, 6). Cette décision est reproduite dans l'art. 710 du Code Napoléon.

restitutio (1). — Dans le droit de Justinien, toute prescription est suspendue en faveur des impubères (2); et, en faveur des pubères mineurs de 25 ans, toute prescription qui s'opère par moins de trente ans (3).

Un autre cas où l'usucapion est impossible et où cependant l'acheteur de bonne foi gagne les fruits, c'est le cas où une chose a été donnée à un Gouverneur de province, au mépris de la *lex repetundarum*, et ensuite vendue par lui. *Quod contrà legem repetundarum*, dit Paul, *Proconsuli vel Prætori donatum est, non poterit usucapi* (4). — Ajoutez encore le cas, déjà cité, où la *res mancipi* appartenant à une femme en tutelle est possédée *ex justâ causâ* par un tiers de bonne foi, sans que la femme en ait fait tradition *tutore auctore* (5).

Nous verrons un peu plus loin comment, à l'inverse, il est possible qu'un homme soit *in causâ usucapiendi* sans pouvoir gagner les fruits.

II. En général, posséder *ex justâ causâ*, c'est posséder en vertu d'un acte qui révèle chez le précédent possesseur l'intention d'aliéner, d'abdiquer la qualité de propriétaire. Cet acte sert à qualifier la possession et l'usucapion qui vient à la suite. Ainsi, en vertu d'une vente, on possède et on usucape *pro emptore ;* en vertu d'une donation, on possède et on usucape *pro donato*. Si je m'empare d'une chose qui a été abandonnée par le précédent possesseur, je la possède et je l'usucaperai peut-être *pro derelicto*. La chose qui m'a été léguée, je la possède *pro legato ;* celle qui m'a été apportée en dot, je la possède *pro dote ;* celle que j'ai reçue à titre de paiement, je la possède *pro soluto*.

Jusqu'ici pas de difficulté. Voici maintenant des cas qui demandent quelque explication :

Lorsque, étant appelé à une succession comme *heres* ou comme *bonorum possessor*, je m'empare d'un objet croyant qu'il fait partie

(1) L. un., C., *Si adversùs usucap.* (2, 36).
(2) Honorius et Théodose, L. 3, C., *De præscr.* XXX *vel* XL *ann.* (7, 39).
(3) Justinien, L. 5, C., *In quib. caus. in int. rest. necess. non est* (2, 41).
(4) L. 8 pr., D., *De lege Juliâ repetund.* (48, 11).
(5) *Fragm. du Vatican*, § 1.

de la succession, je le possède *pro herede* ou *pro possessore*, et, dans l'opinion du plus grand nombre des jurisconsultes romains, je pourrai l'usucaper (1). Nous supposons que le défunt ne possédait pas lui-même cet objet : autrement je ne le posséderais pas *pro herede* ou *pro possessore*, je le posséderais nécessairement au même titre que le défunt.

Nous trouvons, au Digeste, un Titre consacré à la possession et à l'usucapion *pro suo*. Qu'est-ce que cela veut dire ? L'expression *pro suo* a d'abord un sens très-général : dire qu'un homme possède *pro suo*, c'est dire qu'il possède *animo domini*. Mais on se sert aussi de cette expression dans certains cas où la *justa causa* n'a pas une dénomination particulière. Ainsi je possède de bonne foi une esclave qui a été volée ; cette esclave devient enceinte et accouche chez moi : il pourra y avoir à mon profit usucapion du part, et cette usucapion sera dite *pro suo* (2).

Remarquons enfin que celui qui possède en vertu de l'ordre du magistrat ou du juge, en vertu d'une *addictio* ou d'une *adjudicatio*, a par là même une *justa causa possidendi*. C'est ce que dit très-bien le jurisconsulte Paul : *Justè possidet qui auctore Prætore possidet* (3). Mais, du reste, il va de soi qu'on peut posséder *justè* sans être possesseur de bonne foi.

— Lorsqu'il n'existe réellement pas de *justa causa*, qu'il y en a seulement l'apparence, l'usucapion néanmoins est-elle possible ? En principe, il faut répondre négativement : la *justa causa* est une condition essentielle de l'usucapion. Cela est dit, aux Institutes : *Error falsæ causæ usucapionem non parit : veluti si quis, cùm non emerit, emisse se existimans, possideat ; vel, cùm ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat* (4). — Toutefois les jurisconsultes romains avaient fini par apporter à ce principe une restriction considérable. Ils admettent que, dans tous les cas où le possesseur est tombé dans une erreur plausible, dans tous les cas où les circonstances étaient telles que même un homme raisonnable et attentif y aurait été trompé, le titre putatif équivaudra à la *justa causa*

(1) Pomponius, L. 3. D., *Pro herede vel pro poss.* (41, 5).
(2) Paul, L. 2, D., *Pro suo* (41, 10); Ulpien, L. 48 § 5 *De furt.* (47, 2).
(3) L. 11, D., *De adq. vel am. poss.* (41, 2).
(4) § 11 *De usucap.*

réellement existante. *Quod vulgò traditum est*, dit Africain, *eum qui existimat se quid emisse nec emerit non posse pro emptore usucapere, hactenùs verum esse ait si nullam justam causam ejus erroris emptor habeat* (1). Par exemple, je charge une personne qui jouit d'une bonne réputation d'aller m'acheter une chose; la personne revient et me dit qu'elle a fait ce dont je l'avais chargée, sur quoi je prends possession de la chose : bien qu'en réalité il n'y ait pas eu achat de la chose, cependant je l'usucaperai, *magis est ut usucapio sequatur* (2). De même, après la mort de Titius on produit un testament dans lequel il me lègue une certaine chose ; je prends possession de cette chose, et puis il se trouve que je n'étais pas légataire, attendu qu'avant de mourir Titius avait révoqué le legs : *pro legato usucapi*, dit Hermogénien, *post magnas varietates obtinuit* (3).

En cas de débat sur l'existence de la *justa causa*, à qui incombe le fardeau de la preuve ? C'est toujours à celui qui prétend avoir usucapé une chose à prouver qu'il la possédait *ex justâ causâ*. Je trouve une application de cette idée dans ce que dit Gaius : *Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore, lege non prohibente, se emisse* (4). En effet, la vente faite par un pupille non autorisé ne saurait constituer une *justa causa*.—Lors même que nous admettons l'usucapion en l'absence d'une *justa causa* proprement dite, nous ne dispensons point le possesseur de la nécessité de toute preuve : il devra prouver que tout autre à sa place aurait cru à l'existence de la *justa causa*.

III. Un possesseur est de bonne foi lorsqu'il croit que celui de qui il tient la chose en était propriétaire ou avait pouvoir de l'aliéner. La *bona fides* est un élément parfaitement distinct de la *justa causa ;* et, pour s'en convaincre, il suffit de lire les textes qui s'en occupent. Je citerai seulement un texte de Paul, en présence duquel je ne comprends réellement pas qu'on ait pu confondre la *justa causa* et la bonne foi : *Separata est causa possessionis et usu-*

(1) L. 11, D., *Pro emptore* (41, 4).
(2) Même L. 11.
(3) L. 9, D., *Pro legato* (41, 8).
(4) L. 13 § 2, D., *De public. in rem act.* (6, 2).

capionis; nàm verè dicitur quis emisse, sed malâ fide: quemadmodùm qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat (1). Et la distinction a un grand intérêt pratique, puisque, quand je prétends avoir usucapé votre chose, c'est bien à moi à prouver la *justa causa,* mais à vous à prouver ma mauvaise foi. Autrement, on ne pourrait pas s'expliquer le rescrit suivant, adressé par les empereurs Dioclétien et Maximien à un homme qui soutient que sa chose n'a pas été usucapée : *Non ex eo quod duplum is qui a matre tuâ mancipium comparavit, evictionis nomine stipulatus est, alienæ rei scientiâ convincitur; nec opinio ejus ex hoc læditur, ut malæ fidei emptor existimetur. Aliis itaque hoc indiciis si vis probare debes* (2).

La bonne foi, c'est une erreur dans laquelle est tombé le possesseur. Ce n'est pas une erreur quelconque : comme je l'ai déjà indiqué, on n'admet ici que l'erreur de fait, on n'admet pas l'erreur de droit. Je trouve dans un passage de Paul un exemple qui fait bien comprendre la distinction : *Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quàm in existimatione* (3). *Quòd si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia juris error nulli prodest* (4). Ce texte, il faut bien le remarquer, est conçu dans la doctrine qui reconnaît le titre putatif comme pouvant fonder l'usucapion : car la vente émanée d'un pupille non autorisé n'est réellement pas une *justa causa.*

— A quel moment a dû exister la bonne foi chez celui qui prétend avoir usucapé? En principe, il faut et il suffit qu'elle ait existé au commencement, à l'*initium possessionis* (5). Paul, après avoir dit que le possesseur peut gagner les fruits même de la chose qui n'est pas susceptible d'être usucapée, ajoute : *In contrarium quæritur, si eo tempore quo mihi res traditur putem vendentis esse, deindè cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus*

(1) L. 2 § 1, D., *Pro empt.* (41, 4).
(2) L. 30, C., *De eviction.* (8, 45).
(3) Il faut sans doute lire, avec Cujas : *plus sit in existimatione quàm in re.*
(4) L. 2 § 15, D., *Pro empt.*
(5) Nous avons chez nous une règle analogue (C. Nap., art. 2269).

capio, an fructus meos faciam. Pomponius, verendum ne non sit bonæ fidei possessor, quamvis capiat : hoc enim ad jus, id est capionem; illud ad factum pertinere, ut quis bonâ aut malâ fide possideat. Nec contrarium est quod longum tempus currit : nàm e contrario is qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit (1). — Du reste, après avoir posé le principe, nous devons immédiatement signaler deux anomalies :

1° Il paraît que certains jurisconsultes exigeaient que chez celui qui possède comme donataire, *pro donato*, la bonne foi persistât depuis l'*initium possessionis* jusqu'à l'expiration du temps requis. C'est à cela que Justinien fait allusion lorsque, voulant supprimer toute différence entre le titre *pro donato* et les autres *justæ causæ*, il dit, au sujet de la nouvelle usucapion qu'il établit : *Non interrumpatur ex posteriore alienæ rei scientiâ, licet ex titulo lucrativo ea cœpta est* (2). Nous avons aussi un texte d'Ulpien qui est conçu dans ce système d'après lequel l'usucapion *pro donato* se trouve interrompue dès que le possesseur cesse d'être de bonne foi (3).

2° Pour celui qui possède *pro emptore*, il ne suffit pas qu'il y ait eu bonne foi à l'*initium possessionis*, au moment de la tradition : il faut que la bonne foi ait existé dès le moment de la vente. Ce point n'est pas douteux. Il ressort notamment, avec la plus grande clarté, de deux textes de Paul, qui, bien qu'empruntés à deux ouvrages différents, expriment les mêmes idées dans des termes presque identiques : *Si sciens stipuler rem alienam*, dit Paul, *usucapiam, si cùm traditur mihi existimem illius esse. At in emptione et illud tempus inspicitur quo contrahitur: igitur et bonâ fide emisse debet et possessionem bonâ fide adeptus esse* (4). Cette anomalie s'explique parce que très-probablement la loi des douze Tables, à propos de l'usucapion, comme l'Édit prétorien, à propos de l'action publicienne, supposait expressément le cas d'un homme *qui bonâ fide emit* (5). Alors, les jurisconsultes, pour observer à la fois le texte

(1) L. 48 § 1, D., *De adq. rer. dom.*
(2) L. un., C., *De usucap. transform.* (7, 31).
(3) L. 11 § 3, D., *De public. in rem act.* (6, 2).
(4) L. 2 pr., D., *Pro empt.*, et L. 48 *De usurpat.*
(5) L. 7 § 11, D., *De public. in rem act.*

de la loi et la règle générale qui veut que la *bona fides* existe à l'*initium possessionis*, sont arrivés à dire : « L'usucapion *pro emptore* suppose qu'il y a eu bonne foi, non-seulement au moment de la tradition, mais encore au moment de la vente. » — Maintenant, dans la loi des douze Tables s'agissait-il de ce que les jurisconsultes appellent *emptio venditio*, s'agissait-il du contrat de vente ? Non, il s'agissait plutôt de la mancipation. J'en trouve la preuve dans ce que dit Paul : « Si je vous remets une chose que je crois vous devoir *ex stipulatu*, et qu'en réalité je ne vous devais pas, vous pourrez usucaper *pro soluto ;* si au contraire je vous remets une chose que je crois vous avoir été *vendue* par mon auteur, si en réalité il n'y a pas eu *vente*, malgré votre bonne foi vous n'usucaperez ni *pro emptore* ni *pro soluto* » (1). Pourquoi n'usucaperez-vous pas *pro soluto*, comme dans le cas précédent ? Cela est inexplicable s'il s'agit d'un contrat de vente; cela s'explique très-bien s'il s'agit d'une mancipation. En effet, on ne peut avoir l'idée d'un paiement qu'autant qu'on avait l'idée d'une dette : vous possédez *pro soluto* ce que vous avez reçu en qualité de créancier. Or, en vertu d'une mancipation qui aurait été faite à vous ou à votre auteur, vous ne seriez pas créancier : il n'y a donc pas place à l'idée de paiement. Ainsi, je crois que la loi des douze Tables parlait de mancipation : elle exigeait raisonnablement que l'homme fût de bonne foi au moment même où il serait devenu propriétaire si le *mancipant* avait eu le pouvoir de transférer la propriété.

En ce qui concerne l'usucapion *pro emptore*, je ferai encore remarquer que très-probablement elle ne commence qu'autant que l'acheteur a payé son prix ou a satisfait autrement le vendeur. Il est naturel que l'acheteur soit *in causâ usucapiendi* seulement à l'époque où il serait devenu propriétaire si la chose avait appartenu au vendeur.

— Il reste à examiner certains cas exceptionnels où l'usucapion peut s'accomplir sans bonne foi du possesseur :

1° Cela se présente dans le cas de l'usucapion *pro herede*, sur laquelle Gaius nous fournit des détails assez curieux (2). Une suc-

(1) L. 48 *De usurp.*
(2) Comment. II, §§ 52-58.

cession s'étant ouverte, Titius possède une chose héréditaire, dont l'héritier n'a pas encore pris possession : Titius, quoique n'étant pas de bonne foi, quoique ne possédant pas *ex justâ causâ*, pourra usucaper. Cette usucapion, même pour les immeubles, s'accomplit par un an de possession. Quel en est le motif? *Illa ratio est,* dit Gaius, *quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsæ hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. Lex enim* XII *Tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, cæteras verò anno : ergò hereditas in cæteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est; et, quamvis posteà creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quæ solo teneantur, annua usucapio remansit.* Cette usucapion même, quel motif a pu la faire établir? *Illa ratio est*, continue Gaius, *quod voluerunt veteres maturiùs hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit* (1), *et ut creditores haberent a quo suum consequerentur*. Cette usucapion était dite *lucrative;* du reste, en vertu d'un Sénatusconsulte rendu sur la proposition d'Adrien, elle a cessé de pouvoir être invoquée à l'encontre de l'héritier. Après Adrien, Marc-Aurèle fit établir par le Sénat le *crimen expilatæ hereditatis* contre celui qui se serait emparé de choses héréditaires avant que l'héritier n'eût fait adition ou n'eût pris possession des biens (2). — L'usucapion *pro herede* est-elle possible en présence d'un héritier nécessaire, d'un héritier qui est investi *ipso jure* des biens du défunt, lorsque cet héritier n'a pas encore pris possession? Je crois que, sur ce point, les jurisconsultes romains avaient fini par arriver à une distinction : l'usucapion est possible en présence de l'héritier simplement nécessaire, mais non en présence de l'héritier sien et nécessaire (3).

Ce que nous savons de l'usucapion *pro herede* nous permet de comprendre le sens de la maxime suivant laquelle on ne peut pas se changer à soi-même la cause de sa possession. Supposez qu'un

(1) Nous voyons dans Cicéron (*De legibus*, II, 19) que, le défunt n'ayant point d'héritier, *adstringitur sacris is qui de bonis, quæ ejus fuerint cùm moritur, usu ceperit plurimum possidendo.*

(2) Marcien, L. 1, et Ulpien, L. 2, D., *Expil. heredit.* (47, 19).

(3) Comp. Gaius, II, § 58, et III, § 201; Dioclétien et Maximien, L. 2, C., *De usuc. pro herede* (7, 29).

homme est en possession, par exemple comme locataire, d'une chose appartenant à Titius; Titius vient à mourir : cet homme pourra-t-il, répudiant sa qualité de locataire, posséder et usucaper *pro herede* la chose qu'il détenait déjà? Non, cela serait trop dangereux. Il lui est donc interdit de se changer ainsi à lui-même la cause de sa possession (1).

2° Un homme m'a mancipé ou cédé *in jure* sa chose *fiduciæ causâ* : j'ai pris l'engagement de la lui retransférer dès qu'il m'aura payé ce qu'il me doit ou dès qu'il me la demandera. S'il rentre en possession de cette chose devenue mienne, il pourra l'usucaper (*usu recipere*) par un an, lors même qu'il s'agirait d'un immeuble. Toutefois, il y a ici une distinction à faire. Si la chose m'a été remise à titre de dépôt, *quo tutiùs apud me esset*, l'ancien propriétaire pourra l'usucaper, de quelque manière qu'il rentre en possession, *omnimodo competit usureceptio;* il en est de même si la chose m'a été remise *pignoris jure* et que j'aie touché ce qui m'était dû. Mais, si, la chose m'ayant été remise *pignoris jure*, je ne suis pas encore payé, l'*usureceptio* est possible seulement *si neque conduxerit eam rem a me debitor neque precariò rogaverit ut eam rem possidere liceret* (2).

3° L'État a vendu un immeuble qui lui était affecté, *obligatum* : si l'acquéreur, le *prædiator*, laisse l'ancien propriétaire posséder l'immeuble, cet ancien propriétaire recouvrera la propriété après deux ans de possession (3). On est réduit aux conjectures sur le motif qui avait fait admettre cette *usureceptio ex prædiaturâ*, comme aussi sur les conditions de détail auxquelles elle doit avoir été soumise.

4° Même dans le droit de Justinien, il existe une *usucapio libertatis*, en matière de servitudes urbaines, et cette *usucapio* s'accomplit sans bonne foi (4). — Voici un dernier cas d'usucapion sans

(1) Julien, L. 33 § 1 *De usurpat.*, et L. 2 § 1, D., *Pro herede vel pro poss.* (41, 5).

(2) Gaius, II, §§ 59 et 60. Ce passage de Gaius nous permet de comprendre l'absurde remaniement que Tribonien et ses collègues ont fait subir à un fragment de Julien qui forme la L. 16, D., *De oblig. et act.* (44, 7). — Voy. aussi Gaius, III, § 201 in fine.

(3) Gaius, II, § 61.

(4) L. 6, D., *De serv. præd. urban.* [illegible], p. [illegible].

bonne foi, qui subsiste également dans le droit de Justinien : L'esclave Stichus commet un délit à mon préjudice ; cet esclave, qui appartient à Titius, est possédé par Mævius : vais-je m'en prendre au propriétaire ou au possesseur? Il est de principe que l'action noxale n'est donnée que contre le possesseur : c'est donc contre Mævius que j'intenterai cette action. Or, Mævius, pour ne pas payer la peine, m'abandonne l'esclave. Je tiens donc l'esclave d'un homme que je sais n'être pas propriétaire ; mais il est clair que cela ne doit pas m'empêcher de l'usucaper (1).

IV. Dans l'ancien droit, la possession devait durer un an pour les meubles, en quelque lieu qu'ils se trouvassent, et deux ans pour les immeubles situés en Italie. Justinien exige pour les meubles trois ans de possession, pour les immeubles dix ou vingt ans : dix ans *inter præsentes*, c'est-à-dire quand le propriétaire et le possesseur demeurent dans la même province, et vingt ans *inter absentes*, quand ils demeurent dans deux provinces différentes. Il serait possible que, pendant que la prescription court, les deux parties fussent successivement *præsentes* et *absentes* : alors on se guidera toujours par le principe qu'une année de présence vaut deux années d'absence, ou *vice versâ*.

La possession, pour mener à l'usucapion, doit être non interrompue. S'il y avait interruption, *usurpatio*, le temps de possession antérieur à l'interruption se trouverait perdu. — La possession est *res facti*. En conséquence, si le citoyen qui, possédant par lui-même, était *in causâ usucapiendi*, a été fait prisonnier par l'ennemi et a ainsi cessé de posséder, le *jus postliminii* qu'il pourra invoquer à son retour ne le fera point considérer comme ayant continué de posséder : le fait de l'*usurpatio* qui s'est produit est irréparable (2).

Comment se calcule le temps? Compte-t-on d'heure à heure? Il résulte de plusieurs textes que le premier jour, le jour dans lequel a commencé la possession, est mis de côté, mais qu'en revanche le dernier jour est réputé accompli dès qu'il est commencé. Ainsi,

(1) Africain, L. 38, D., *De noxal. act.* (9, 4).
(2) Tryphoninus, L. 12 § 2, D., *De captiv. et postlim.* (49, 15).

la possession ayant commencé dans le courant du 1[er] janvier, l'acquisition se trouvera consommée à minuit, dans la nuit entre le 31 décembre et le 1[er] janvier. C'est ce que dit positivement Venuleius : *In usucapione itâ servatur ut, etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominùs repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus* (1). Ulpien pose la même règle et en fait l'application, lorsqu'il dit : *In usucapionibus, non a momento ad momentum; sed totum postremum diem computamus. Ideoque qui horâ sextâ Kal. Januariarum possidere cœpit, horâ sextâ noctis pridiè Kal. Januarias implet usucapionem* (2). Enfin Aulu-Gelle (*Nuits att.*, III, 2), à propos de l'acquisition de la *manus usu* (3), s'exprime ainsi : *Quintum Mucium jureconsultum dicere solitum legi non esse usurpatam mulierem quæ Calendis Januariis apud virum causâ matrimonii esse cœpisset, et antè diem quartum Calendas Januarias sequentis usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causâ ex* XII *Tabulis deberet, quoniam tertiæ noctis posteriores sex horæ alterius anni essent qui inciperet ex Calendis.* On suppose que la femme a commencé à résider *apud virum* le 1[er] janvier; le 29 décembre suivant (*antè diem* IV *Calendas Januarias*), elle sort, et ne revient que dans la journée du 1[er] janvier, de sorte qu'elle a bien été absente *trinoctio*, trois nuits de suite. Cependant, il n'y a pas eu *usurpatio*, et, quand elle revient, la *manus* est acquise à son mari. En effet, pour qu'il y eût *usurpatio* il faudrait que la première année ne se fût pas écoulée sans une absence de trois nuits consécutives ; or, au moment où la première année se trouve écoulée, l'absence de la femme a duré seulement deux nuits et demie. Ce texte prouve, aussi clairement que possible, que, la possession ayant commencé à un instant quelconque du 1[er] janvier, l'usucapion est accomplie à minuit, à la première minute du 1[er] janvier.

— Pour usucaper, il n'est pas nécessaire que la même personne ait possédé pendant tout le temps requis. Probablement il a

(1) L. 15 pr., D., *De div. tempor. præscr.* (44, 3).

(2) LL. 6 et 7, D., *De usurpat.* — *Hora sexta Kal. Januariarum*, c'est le 1[er] janvier à midi ; *hora sexta noctis pridiè Kal. Januarias*, c'est minuit avant le 1[er] janvier.

(3) Voy., ci-dessus, p. 321.

été admis dès l'origine que la possession utile d'un défunt compte à son successeur universel. *Diutina possessio*, dit Justinien, *quæ prodesse cœperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur...* (1). Puis, se référant à la nouvelle usucapion qu'il avait organisée, l'Empereur ajoute : *Quod nostra Constitutio similiter et in usucapionibus obsèrvari constituit, ut tempora continuentur* (2).

Ce n'est pas tout. Même le successeur particulier peut profiter de la possession de son auteur en la joignant à sa propre possession. *Inter venditorem quoque et emptorem,* dit encore Justinien, *conjungi tempora divi Severus et Antoninus rescripserunt* (3). Il est assez probable que cette *accessio possessionum* a été d'abord admise seulement au profit du successeur à titre onéreux, tel que l'acheteur, et seulement dans la *possessio longi temporis;* on a fini par l'admettre dans tous les cas, et au profit du successeur à titre gratuit (donataire ou légataire) comme au profit du successeur à titre onéreux.

Il faut bien remarquer qu'au point de vue qui nous occupe la condition du successeur universel et celle du successeur particulier ne sont nullement identiques. Pour que le successeur universel profite de la possession de son auteur, il n'est point nécessaire que lui-même soit de bonne foi : il en profite, dit Justinien, *licet ipse sciat prædium alienum*. En effet, entre le défunt et son héritier il y a unité de possession : *possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem* (4). C'est donc comme si le défunt vivait encore; or, s'il vivait encore, la *mala fides* survenant en sa personne ne l'empêcherait point d'accomplir l'usucapion. Au contraire, pour que le successeur particulier puisse profiter de la possession de son auteur, il faut avant tout que lui-même ait une possession utile *ad usucapionem*, il faut qu'il possède de bonne foi : *Si eam rem quam pro emptore usucapiebas, scienti mihi alienam esse vendideris, non capiam usu* (5). — Le même principe entraîne cette conséquence

(1) Inst., § 12 *De usucap.*
(2) Même § 12, *in fine*. La Constitution dont il s'agit est la L. un., C., *De usuc. transform.* (7, 31).
(3) Inst., § 13 *De usucap.*
(4) Paul, L. 30 pr., D., *Ex quib. caus. maj.* (4, 6).
(5) Paul, L. 2 § 17, D., *Pro empt.*

que le successeur universel ne peut pas usucaper quand la possession du défunt n'était pas utile : car il ne peut avoir que la possession du défunt. *Quod si defunctus*, dit Justinien, *initium justum non habuit, heredi et bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest* (1). Au contraire, le successeur particulier, qui peut joindre à sa propre possession celle de son auteur, peut aussi, quand il y trouve son intérêt, invoquer seulement la sienne propre et répudier celle de son auteur.

Les jurisconsultes romains avaient revêtu d'une sorte de personnalité l'hérédité jacente, *hereditas nondùm adita*. Il en résulte notamment que l'usucapion commencée par un défunt se continue et qu'elle peut même s'accomplir dans l'intervalle entre le décès du *de cujus* et l'adition de l'héritier : *cæptam usucapionem a defuncto posse et antè aditam hereditatem impleri constitutum est* (2).

— Aux termes d'un Édit de Marc-Aurèle, celui qui achète du fisc une chose appartenant à autrui pourra repousser la revendication du propriétaire dès qu'il se sera écoulé cinq ans depuis la vente (3). Comme l'explique Théophile, cette disposition est très-utile à l'acheteur quand c'est une chose volée qui a été ainsi vendue par le fisc : *Hoc Edictum necessarium erat iis qui per tempus quinquennio brevius rei emptæ domini fieri non poterant, veluti quia fortè furtiva erat* (4).

L'empereur Zénon est allé beaucoup plus loin. D'après sa Constitution, celui qui reçoit une chose du fisc, à titre de vente ou à tout autre titre, en devient immédiatement propriétaire et se trouve à l'abri de toute espèce de réclamation; seulement, si la chose appartenait ou était hypothéquée à un tiers, le fisc est tenu envers ce tiers pendant quatre ans (5).

Enfin Justinien étend la Constitution de Zénon au cas où il s'agirait de choses données par lui ou par l'impératrice, *a nostrâ vel venerabilis Augustæ domo* (6).

(1) Inst., § 12 *De usucap.*
(2) Neratius, L. 40, D., *De usurpat.* Voy. aussi Paul, L. 31 § 5 *eod. Tit.*
(3) Inst., § 14 (1er alinéa) *De usuc.*
(4) Traduction latine de Reitz.
(5) L. 2, C., *De quadriennii præscr.* (7, 37); Inst., § 14 (2e alinéa) *De usucap.*
(6) L. 3, C., *De quadr. præscr.*; Inst., § 14 *in fine De usucap.*

DES DONATIONS.

Justinien présente la donation comme étant une manière d'acquérir, *genus adquisitionis* (1). Mais il est assez difficile de comprendre ce qu'il a voulu dire par là. En effet, d'abord, lorsque je suis d'accord avec Titius pour lui donner une certaine chose corporelle, Titius n'acquiert point à l'instant la propriété de cette chose ; il pourra l'acquérir seulement quand je lui en aurai fait tradition. Aussi Justinien lui-même signale-t-il avec raison la donation comme étant, de même que la vente, une *justa causa* en matière de tradition et d'usucapion (2). Evidemment, autre chose est une manière d'acquérir la propriété, autre chose une *justa causa*. D'ailleurs, la donation ne tend même pas toujours à un transport ou à une acquisition de propriété : je puis très-bien, *donationis causâ*, contracter envers vous une obligation *ad faciendum*, vous tenir quitte de votre dette, etc. Dans des cas de ce genre, il peut bien y avoir donation ; il n'y a véritablement pas transport de propriété.

En définitive, je crois que Justinien a été frappé de ce que, dans certains cas, pour transférer la propriété *donationis causâ*, il ne suffit pas d'employer les modes ordinaires de translation. La translation de propriété à titre de donation exigeant des formes particulières, jusqu'à un certain point il est vrai de dire que la donation est une manière d'acquérir *sui generis*. Mais on peut toujours reprocher à Justinien de s'être exprimé en termes beaucoup trop généraux : en effet, dans bien des cas, la donation, à aucun point de vue, ne peut être présentée comme étant un *genus adquisitionis*.

— On peut ramener à trois les caractères distinctifs de la donation. Il faut d'abord qu'il y ait appauvrissement de la part du donateur : il ne suffirait pas qu'il négligeât d'acquérir (3). Il

(1) Inst., pr. *De donat.* (II, 7).

(2) Inst., § 40 *in fine De div. rer.*, et pr. *De usucap.*

(3) Il y aurait, de ma part, appauvrissement, et, par conséquent, il pourrait y avoir véritable donation, si je m'engageais à employer gratuitement dans votre intérêt mes services, que j'avais coutume de louer, qui constituent réellement pour moi un capital.

faut, en second lieu, qu'il y ait enrichissement de la part du donataire : ainsi l'affranchissement d'un esclave n'est réellement pas une donation, puisque, s'il constitue un appauvrissement du *manumissor*, il ne constitue pas un enrichissement du *manumissus*. Enfin il faut que chez les deux parties existe la volonté d'arriver à cet appauvrissement de l'une et à cet enrichissement de l'autre. — Il y a, en général, un grand intérêt à bien distinguer si tel acte est ou non une donation. L'intérêt se présente à plusieurs points de vue. D'abord, comme je l'ai déjà indiqué, la donation peut être soumise à des formes particulières (1) ; en second lieu, la donation, en principe, est défendue entre époux ; enfin la donation est révocable pour des causes non admises en d'autres matières, pour ingratitude du donataire, pour survenance d'enfant au donateur.

Nous allons traiter successivement : 1° De la donation entre-vifs ; 2° De la donation à cause de mort ; 3° De la donation entre époux. Quant à la *donatio antè nuptias* ou *propter nuptias*, dont les rédacteurs des Institutes se sont occupés, au § 3 du Titre *De donationibus*, ce n'est véritablement pas une donation ; nous en parlerons en même temps que de la dot (2).

1° *Donation entre-vifs.*

La donation entre-vifs, comme en général toute donation, peut consister d'abord en une aliénation : le donateur transporte au donataire la propriété de sa chose, ou bien sur sa chose il constitue, au profit du donataire, un droit de servitude. La donation entre-vifs peut consister aussi en un engagement que le donateur prend envers le donataire : il est souvent question, dans les textes, de promesses faites *donandi animo* ou *donationis causâ*. Enfin la donation entre-vifs peut consister en ce que je fais remise à mon débiteur de la dette dont il est tenu envers moi, ou bien en ce que je

(1) Cela se rapporte aux dispositions de la loi Cincia et à la nécessité de l'insinuation.

(2) Sur le *princ.* du Titre suivant.

renonce en faveur d'un propriétaire à un droit de servitude dont sa chose est grevée.

Dès l'an 550 de la fondation de Rome, la matière des donations avait été réglementée par une loi Cincia, dont il reste encore quelques traces dans les compilations justiniennes. Le premier chapitre de cette loi défend *ne quis, ob causam orandam, pecuniam donumve accipiat*. Le deuxième chapitre fixe un certain taux, un *certus modus*, que la donation ne doit pas dépasser ; ce taux ne nous est pas connu. Certaines personnes n'étaient pas soumises à l'observation de ce deuxième chapitre, c'est-à-dire qu'elles pouvaient recevoir *ultrà modum :* tels sont notamment les proches parents et même certains alliés du donateur (1). La loi Cincia est *imperfecta* en ce sens que, quand le donateur a dépassé le *modus*, en principe il n'a pas d'action pour reprendre ce qu'il a donné de trop ; seulement, si le donataire est dans la nécessité d'agir pour obtenir le bénéfice de la donation, son action peut être repoussée par une exception, qui est qualifiée de *quasi popularis* comme étant susceptible d'être invoquée par toute personne intéressée (2). Du reste, cette exception s'évanouit une fois que le donateur est mort sans avoir manifesté l'intention de revenir sur la donation : *morte removetur* (3).

Je me borne, pour le moment, à cette indication générale. Les difficultés auxquelles donne lieu la loi Cincia seront mieux comprises quand nous aurons parlé des *exceptions* et des *interdits*.

— Il a été de principe, jusqu'à Justinien, que, pour faire une donation, il faut nécessairement employer les modes ordinaires mis par la loi à la disposition des personnes qui veulent, en général, faire une aliénation, contracter un engagement, renoncer à un droit ; en d'autres termes, que l'accord de deux parties, pour se faire une donation l'une à l'autre, ne pouvait avoir que les effets très-limités attachés à un *nudum pactum*. Cependant l'empereur Antonin le Pieux avait dérogé à ce principe en ce qui concerne les donations *inter liberos et parentes*. Voici en quels termes Constantin

(1) *Fragm. du Vatican*, §§ 298 et suiv.
(2) *Fragm. d'Ulpien*, § 1; *Fragm. du Vatican*, § 266.
(3) *Fragm. du Vatican*, § 266 *in fine* et § 312.

indique et confirme la dérogation dont il s'agit : *Juxtà divi Pii, consultissimi principis, instituta, valere donationes placet inter liberos et parentes, in quocumque solo et cujuslibet rei liberalitas probabitur exstitisse, licet neque mancipatio dicatur neque traditio subsecuta, sed nuda tantùm voluntas claruerit, quæ non dubium consilium teneat, nec incertum, sed judicium animi tale proferat ut nulla quæstio voluntatis possit irrepere...* (1). Ce qu'Antonin le Pieux avait admis exceptionnellement pour un cas particulier, Justinien en a fait la règle générale, applicable à toutes les donations entre-vifs : *Perficiuntur,* dit-il, *cùm donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit; et, ad exemplum venditionis, nostra Constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, etiamsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori* (2). La donation devient ainsi ce qu'on appelle un *pacte légitime*, et le donataire, pour en poursuivre l'exécution, a une action personnelle, une *condictio ex lege* (3).

Par une Constitution qui paraît être de l'an 316, Constantin avait recommandé, mais sans attacher la peine de nullité à l'inobservation de cette règle, que l'acte constatant la donation fût écrit en présence de témoins, et que la chose donnée fût livrée au donataire, également en présence de témoins. Nous avons trois versions différentes de cette Constitution (4) ; et celle qui figure au Code de Justinien montre que, dans le droit de Justinien, il n'y a besoin, en général, ni d'acte écrit ni de témoins (5).

— Des Constitutions impériales prescrivaient que la donation fût insinuée *actis intervenientibus*, c'est-à-dire mentionnée dans des registres tenus par le juge. La Constitution de Constantin qui vient d'être citée parle de cette insinuation comme d'une chose déjà connue; et une autre Constitution, de l'an 319 (6), en attribue l'introduction à Constance Chlore : *Pater noster*, dit Constantin, *nullam voluit liberalitatem valere si actis inserta non esset.* — En

(1) L. 4, C. Th., *De donat.* (8, 12)
(2) Inst., § 2 *De donat.* Comp. la L. 35 § 5, C., *De donat.* (8, 54).
(3) Voy. Paul, L. un., D., *De condict. ex lege* (13, 2).
(4) *Fragm. du Vatican*, § 249; L. 1, C. Th., et L. 25, C. J., *De donat.*
(5) Cela résulte aussi du § 2 *De donat.*, aux Institutes.
(6) L. 1, C. Th., *De sponsalibus* (3, 5).

428, il fut décidé qu'une donation *antè nuptias* vaudrait sans insinuation, toutes les fois qu'il s'agirait d'une valeur inférieure à 200 solides (1). Justinien, par une Constitution de 531, dispose qu'aucune donation n'est soumise à l'insinuation si elle ne dépasse 500 solides (2). La dispense existe même au cas où la donation a pour objet une rente qui doit s'éteindre à la mort du prémourant du donateur ou du donataire et dont l'arrérage annuel ne dépasse pas 500 solides (3).

Quelle est la sanction de la loi qui prescrit l'insinuation? Lorsqu'une donation qui devait être insinuée ne l'a pas été, elle est radicalement nulle pour tout ce qui dépasse les 500 solides (4). Le donataire se trouve ainsi en état d'indivision avec le donateur, si celui-ci était propriétaire de la chose donnée ; dans le cas contraire, le donataire ne pourrait pas acquérir, par usucapion, ce qui excède la valeur au-dessus de laquelle l'insinuation est prescrite.

Par exception, certaines libéralités sont dispensées de la formalité de l'insinuation, à quelque valeur qu'elles puissent monter. Telles sont les donations faites à l'empereur ou faites par l'empereur; la donation faite en vue de la reconstruction d'une maison écroulée ou incendiée ; la donation faite pour racheter des captifs ; enfin la donation faite *dotis constituendæ causâ*, fût-ce même par un étranger (5).

— La donation entre-vifs ne peut pas être révoquée à la volonté du donateur : *temerè revocari non potest*, comme le dit Justinien, en l'opposant à la donation à cause de mort (6). Il paraît que très-anciennement le patron qui avait fait une donation à son affranchi pouvait la révoquer arbitrairement; du reste, cette faculté de révocation mourait avec le patron, il ne la transmettait point à ses héritiers (7). Plus tard on en vint à dire que le patron n'aurait plus de privilége, qu'il ne pourrait plus exercer ce droit de révo-

(1) L. 8, C. Th., *De sponsal.*
(2) L. 36 § 3, C., *De donat.*; Inst., § 2 *eod. Tit.*
(3) L. 34 § 4, C., *De donat.*
(4) L. 34 pr., C., *De donat.*
(5) L. 31 pr., C., *De jure dot.* (5, 12).
(6) Inst., § 2 (au commencement) *De donat.*
(7) *Fragm. du Vatican*, §§ 272 et 313.

cation, que dans le cas où il lui surviendrait un enfant : *Si unquàm*, dit une Constitution de l'an 355, *libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et posteà susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerat revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum* (1).

La révocation pour ingratitude du donataire, qui est consacrée dans le droit de Justinien, dérive très-probablement de la prérogative dont jouissait autrefois le patron. Pour s'en convaincre, il suffit de comparer le texte de la Constitution de l'empereur Philippe, tel que le donnent les *Fragments du Vatican* (§ 272), avec le texte de la même Constitution, tel que nous le trouvons au Code de Justinien (2). Là où l'Empereur disait, en termes absolus : *omnis donatio mutatâ patronorum voluntate revocanda est*, les commissaires de Justinien ont ajouté : *si libertus ingratus sit*. La faculté de révoquer la donation pour cause d'ingratitude du donataire appartint donc d'abord exclusivement au patron. L'ascendant donateur fut mis ensuite sur la même ligne que le patron. Une Constitution, de l'an 349, porte que la mère donatrice peut, en cas d'ingratitude de l'enfant donataire, révoquer la donation, pourvu qu'elle ne soit pas remariée (3). Nous avons bien, au Digeste, un texte, inscrit sous le nom de Papinien, qui déjà fait allusion à ce droit de la mère donatrice de révoquer la donation pour cause d'ingratitude (4) ; mais, suivant toute apparence, ce texte a été remanié par les compilateurs. Enfin Justinien a généralisé le principe de la révocation pour cause d'ingratitude, en accordant à tout donateur le droit qui, avant lui, appartenait seulement au patron et à l'ascendant (5) : *Sciendum est,* disent les Institutes, *quod, etsi plenissimæ sint donationes, si tamen ingrati existant homines in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram Constitutionem licentiam præstavimus certis ex causis eas revocare...* (6). Comme l'indique ce texte, la Constitution de Justinien énonce limitative-

(1) L. 8, C., *De revoc. donat.* (8, 56)
(2) L. 1, C., *De revoc. donat.*
(3) L. 7, C., *De revoc. donat.*
(4) L. 31 § 1 *De donat.* (39, 5).
(5) L. 10, C., *De revoc. donat.*
(6) § 2 *in fine De donat.*

ment les cas dans lesquels le donateur peut se plaindre de l'ingratitude du donataire. Ces cas sont au nombre de cinq, et il est à remarquer que parmi eux figure le cas d'inexécution des charges imposées au donataire (1).

En principe, la révocation pour cause d'ingratitude, qui s'exerce au moyen d'une *condictio ex lege*, ne peut être demandée que par le donateur lui-même : pour que ses héritiers pussent la demander, il faudrait qu'avant de mourir il eût manifesté le désir de reprendre les biens donnés. *Si ipse qui hoc passus est, tacuerit*, dit Justinien, *silentium ejus maneat semper, et non a posteritate ejus suscitari concedatur.* — De même que l'action en révocation n'appartient qu'au donateur, de même faut-il dire qu'elle n'existe que contre le donataire? Je le crois, bien que la question soit controversée. Je suis touché surtout de ce que Justinien, après avoir énuméré les cas dans lesquels la demande en révocation est recevable, ajoute : *Hoc tamen usque ad primas personas tantummodò stare censemus;* or ces *primæ personæ* ne peuvent être que le donateur et le donataire. D'ailleurs, il est dit positivement que la mère donatrice ne peut demander la révocation pour ingratitude que contre le donataire, et non contre ses ayant-cause (2) ; il n'est pas croyable que le droit ainsi refusé à la mère donatrice soit accordé à tous autres donateurs. — Bien que la Constitution de Justinien ne distingue pas entre les cinq cas d'ingratitude qu'elle indique, il faut cependant mettre à part le cas d'inexécution des charges imposées au donataire. Dans ce cas, il y a véritablement une donation *sub modo*, et le principe de la transmissibilité des actions aux héritiers doit s'appliquer. Aussi lisons-nous dans une Constitution des empereurs Dioclétien et Maximien : *Placiti fide non impletâ, ei qui liberalitatis auctor fuit, vel heredibus ejus, condictitiæ actionis persecutio competit* (3).

(1) *Donationis acceptor ingratus circà donatorem invenitur, ità ut injurias atroces in eum effundat, — vel manus impias inferat, — vel jacturæ molem ex insidiis suis ingerat, quæ non levem sensum substantiæ donatoris imponat, — vel vitæ periculum aliquod ei intulerit, — vel quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minimè implere voluerit.*

(2) L. 7, C., *De revoc. donat.*

(3) L. 3, C., *De donat. quæ sub modo* (8, 55).

— Il est évident qu'une donation entre-vifs ne peut pas être valablement faite par un père à l'enfant qu'il a sous sa puissance. Cependant, si le père qui a fait une pareille donation meurt sans avoir manifesté l'intention de la révoquer, des Constitutions impériales décident qu'elle aura désormais tout son effet. Voici notamment ce que nous lisons dans une Constitution de l'empereur Constantin : *Licet in potestate filii degentes donationum effectum a patre sibi collatarum mox consequi minime posse videantur, tamen perseverantiâ voluntatis, ad instar mortis causâ donationis, hujuscemodi liberalitatem redigi oportere, retro Principum rescriptis cognoscitur esse concessum* (1). Cette règle existe encore dans le droit de Justinien, sauf une distinction à faire entre le cas de confirmation expresse et le cas de confirmation tacite : en cas de simple confirmation tacite, la donation dont il s'agit, si elle dépasse 500 solides, est assujettie à l'insinuation comme une donation entre-vifs, tandis qu'en cas de confirmation expresse *in supremâ voluntate*, elle peut valoir sans insinuation *ex eo tempore ex quo confirmata est* (2).

2° *Donation à cause de mort.*

La donation à cause de mort, d'après les Institutes, est celle *quæ propter mortis fit suspicionem* (3). Cela ne signifie pas que toute donation faite par un homme qui se croit près de mourir et qui donne par suite de cette croyance soit nécessairement une *mortis causâ donatio* : l'homme que je suppose peut très-bien faire, s'il le veut, une donation entre-vifs, et il est réputé le vouloir dès qu'il exprime que le donataire est saisi d'une manière définitive et incommutable (4). Pour qu'il y ait proprement *mortis causâ donatio*, il faut que l'existence de la libéralité dépende, comme d'une condition, de la mort du donateur, soit de sa mort dans telle circonstance dès à présent spécifiée, soit tout au moins de sa mort arrivant *vivente donatario*. Souvent la donation à cause de mort était faite en vue d'un péril déterminé qu'allait courir le donateur. C'est le cas que

(1) *Fragm. du Vatican*, § 274. Voy. aussi les §§ 277, 278 et 281.
(2) Justinien, L. 25, C., *De donat. int. vir. et ux.* (5, 16).
(3) § 1 (au commencement) *De donat.*
(4) Marcien, L. 27, D., *De mortis causâ donat.* (39, 6).

les Institutes mentionnent en première ligne : *Quis ità donat ut, si quid humanitùs ei contigisset, haberet is qui accipit; sin autem supervixisset is qui donavit, reciperet.* L'exemple de la donation faite par Télémaque à Pirée, exemple cité par notre texte, rentre aussi dans cette hypothèse.

La donation à cause de mort est caduque par le prédécès du donataire; de plus, elle est révocable à la volonté du donateur. C'est aussi ce que disent les Institutes : le donateur reprendra la chose donnée, *si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is cui donatum sit.* Seulement, il faut bien le remarquer, de ces deux caractères, l'un, la caducité pour prédécès du donataire, est de l'essence de la donation à cause de mort, tandis que l'autre, la révocabilité au gré du donateur, est seulement de sa nature. Nous voyons, en effet, dans les textes, qu'il est permis à celui qui fait une donation à cause de mort de renoncer plus ou moins complétement au droit de revenir sur sa libéralité. Le jurisconsulte Marcellus remarque qu'en matière de donation à cause de mort il peut se présenter des questions de fait : *nàm et sic potest donari ut omnimodo, ex eà valetudine donatore mortuo, res non reddatur; et ut reddatur, etiamsi prior ex eâdem valetudine donator decesserit, si jàm mutatâ voluntate restitui sibi voluerit. Sed et sic donari potest, ut non aliter reddatur quàm si prior ille qui acceperit decesserit...* (1).

— La donation à cause de mort, comme la donation entre-vifs, peut consister en une aliénation, en une obligation contractée, en une décharge consentie. Occupons-nous spécialement du cas où elle consiste en une aliénation.

Le donateur peut d'abord employer la forme d'une *mancipatio* ou d'une *in jure cessio.* La propriété est immédiatement transférée au donataire ; mais il intervient un contrat de fiducie, une stipulation, ou même un simple pacte, au moyen de quoi ce donataire s'oblige à retransférer la chose si le donateur se repent d'avoir fait la donation ou si le donateur lui survit. — Je crois même que l'aliénation pourrait être suspendue jusqu'au prédécès du donateur : non pas que la condition suspensive puisse être insérée explicite-

(1) L. 13 § 1, D., *De mortis causâ donat.* Voy. aussi Paul, L. 35 § 4 *eod. Tit.*

ment dans la *mancipatio* ou dans l'*in jure cessio*, mais parce que, la volonté du donateur étant clairement exprimée en dehors de l'*actus legitimus*, l'effet de celui-ci s'en trouve affecté comme il peut l'être en général par une condition tacite (1).

Le donateur peut aussi faire tradition au donataire. Alors, suivant sa volonté, la propriété sera immédiatement transférée, ou bien elle ne sera transférée que lorsqu'arrivera son prédécès à lui donateur. — Si le donateur se repent, s'il échappe au danger prévu, ou si le donataire vient à prédécéder, comment le donateur pourra-t-il reprendre la chose ? Ulpien fait cette réponse remarquable : *Si quidem quis sic donavit ut, si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare; mortuo eo, tunc is cui donatum est. Si verò sic, ut jàm nunc haberet, redderet si convaluisset vel de prœlio vel peregrè rediisset : potest defendi in rem competere donatori si quid horum contigisset, interim autem ei cui donatum est. Sed et si morte prœventus sit is cui donatum est, adhùc quis dabit in rem donatori. Qui mortis causâ donavit, ipse e c pœnitentiâ condictionem vel utilem actionem habet* (2).

Arrêtons-nous un instant sur cette importante décision. Si le donateur, en faisant tradition, a entendu que l'aliénation ne se réalisât qu'au moment de son prédécès, alors pas de difficulté : le donateur, tant qu'il est vivant, peut revendiquer, et une fois qu'il est mort, la revendication passe au donataire. Mais supposons que le donateur, en faisant tradition, a voulu que le donataire devînt immédiatement propriétaire : alors, si le donateur échappe au danger prévu, s'il se trouve survivre au donataire, enfin s'il se repent d'avoir donné, on peut soutenir, dit Ulpien, qu'il aura la revendication (*in rem*, *utilis actio*). Telle ne paraît pas avoir été l'opinion de la majorité des jurisconsultes. Dans l'opinion commune, la propriété ayant une fois été transférée au donataire par la tradition émanée du donateur, pour que la propriété revienne à celui-ci il faut qu'à son tour il se fasse faire tradition : tant que

(1) Ainsi Marcellus dit, en parlant du maître qui veut *mortis causâ* donner la liberté à son esclave : *Si vindictâ eum liberaret absolutè, scilicet quia moriturum se putet, mors ejus expectabitur*. L. 15, D., *De manum*. (40, 1).

(2) LL. 29 et 30, D., *De mortis causâ donat.*

cette deuxième tradition n'a pas eu lieu, le donateur qui veut reprendre la chose ne peut pas employer la revendication, il n'a qu'une action personnelle contre le donataire, une *condictio*. Ulpien, au contraire, admet que celui qui fait tradition de sa chose peut efficacement convenir que la propriété, transférée à l'*accipiens*, lui reviendra, à lui *tradens*, par cela seul que tel événement se sera produit : ainsi, là où il n'y a eu qu'une seule tradition, tradition faite par Primus à Secundus, par la puissance de la volonté exprimée dans cette tradition une double translation de propriété s'est opérée, translation de Primus à Secundus, retranslation de Secundus à Primus (1). — Il paraît bien qu'en définitive c'est l'opinion d'Ulpien qui a prévalu. En 286, l'empereur Dioclétien la repoussait formellement, en ces termes : *Si stipendiariorum proprietatem dono dedisti ità ut, post mortem ejus qui accepit, ad te rediret, donatio irrita est, cùm ad tempus proprietas transferri nequiverit* (2). Et cette Constitution, en passant dans le Code de Justinien, a été modifiée comme il suit : *Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti ità ut, post mortem ejus qui accepit, ad te rediret, donatio valet : cùm etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quæ ei imposita est conservandâ* (3).

— Les donations à cause de mort, dit Justinien, ont été assimilées aux legs : *ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia* (4). En effet, indépendamment de ce que la disposition est également caduque par le prédécès du donataire ou du légataire, voici des ressemblances notables entre le legs et la *donatio mortis causâ* :

1° Les mêmes personnes qui ne peuvent pas *capere ex legato*, ainsi les Latins Juniens et les *cœlibes* qui ne se sont pas mis en règle avec la loi dans un certain délai après la mort du disposant, ne peuvent pas non plus recueillir en vertu d'une donation à cause de mort. *Senatus censuit*, dit Paul, dans son commentaire sur la loi Julia et Papia, *placere mortis causâ donationes, factas in cos quos lex prohibet capere, in eâdem causâ haberi in quâ essent quæ testa-*

(1) Une autre application de la doctrine d'Ulpien se trouve dans la L. 41 pr. D., *De rei vindic.* (6, 1). Nous y reviendrons.

(2) *Fragm. du Vatican*, § 283.

(3) L. 2 *De donat. quæ sub modo* (8, 55).

(4) Inst., § 1 (2e alinéa) *De donat.*

mento his legata essent quibus capere per legem non liceret (1). Africain nous dit, de son côté, qu'en matière de donations à cause de mort, pour savoir si le donataire a ou non le *jus capiendi, non tempus donationis, sed mortis, intuendum est* (2).

2° Les donations à cause de mort sont soumises à la même réduction que les legs. La loi Furia et la loi Voconia les mentionnaient expressément à côté des legs (3) ; et, quant à la loi Falcidie, nous savons par un rescrit d'Alexandre qu'une Constitution de Septime Sévère l'avait déclarée applicable aux donations à cause de mort (4).

3° Le donataire à cause de mort, comme le légataire, ne peut prétendre aux biens dont il a été gratifié qu'autant que toutes les dettes laissées par le donateur sont payées. C'est ce que dit Julien : *Etsi debitor consilium creditorum fraudandorum non habuisset, avelli res mortis causâ ab eo donata debet...* (5).

4° De même qu'en général la *bonorum possessio contrà tabulas* a pour effet d'anéantir les legs, de même elle fait évanouir les donations à cause de mort (6).

5° De même que le fils de famille qui a un pécule *castrens* peut sur ce pécule tester et par conséquent faire des legs, de même il lui est permis de faire des donations à cause de mort (7).

6° Enfin la donation à cause de mort n'a jamais besoin d'être insinuée, pourvu qu'elle ait été faite en présence de cinq témoins ou en forme de codicille. Tel paraît du moins être le sens d'une Constitution de Justinien (8), à laquelle les Institutes renvoient lorsqu'elles disent : *A nobis constitutum est ut per omnia ferè legatis connumeretur.*

Si la *donatio mortis causâ* ressemble au legs sous tant de rapports, il n'en est pas moins vrai qu'elle s'en distingue aussi à

(1) L. 35 pr., D., *De mortis causâ donat.*
(2) L. 22 *eod. Tit.* — Voy. aussi le § 259 des *Fragm. du Vatican,* que j'expliquerai plus tard en détail.
(3) Gaius, Comment. II, §§ 225 et 226.
(4) L. 5, C., *Ad leg. Falcid.* (6, 50).
(5) L. 17, D., *De mortis causâ donat.*
(6) Ulpien, L. 3 pr., D., *De leg. præst.* (37, 5).
(7) L. 15, D., *De mortis causâ donat.*
(8) L. 4, C., *De donat. causâ mort.* (8, 57).

plusieurs égards, pour se rapprocher alors de la donation entre-vifs. C'est ce qu'il nous reste à examiner :

1° Dans l'ancien droit, il ne pouvait pas y avoir de legs sans testament ; au contraire la donation à cause de mort, pas plus que la donation entre-vifs, ne présupposait l'existence d'un testament. Dans le droit de Justinien, il peut y avoir legs là où il n'y a pas de testament, mais au moins faut-il qu'il y ait un héritier ; au contraire il peut y avoir donation à cause de mort, comme donation entre-vifs, lors même que le donateur ne laisserait aucun héritier.

2° Un legs ne peut pas être fait par un *peregrinus ;* il ne peut pas être fait par un fils de famille, qui n'a pas un pécule castrens ou quasi-castrens. Une donation à cause de mort pouvait être faite par un *peregrinus ;* elle pouvait également être faite par un fils de famille, pourvu que son père y consentît (1).

3° Le légataire qui mal à propos prétend que les dernières volontés du défunt ne doivent pas être exécutées, ce légataire perd le bénéfice de la disposition faite en sa faveur. Mais, comme le dit Paul, *qui mortis causâ donationem accepit a testatore, non est similis in hâc causâ legatario* (2).

4° Nous avons vu que celui qui fait une donation à cause de mort peut dès à présent transférer la propriété au donataire, qu'il peut aussi renoncer plus ou moins complétement au droit de demander la révocation. Au contraire, jamais la propriété ne peut être acquise *ex legato* avant la mort du testateur, et jamais le testateur ne peut renoncer valablement au droit de révoquer ses dispositions.

5° Le legs est une manière d'acquérir *sui generis :* par lui-même, il peut transférer la propriété. Nous ne voyons rien de semblable pour la donation à cause de mort ; et même il ne paraît pas que Justinien en ait fait un pacte légitime, conférant un droit de créance au donataire : c'est uniquement aux donations entre-vifs qu'il attribue cette puissance (3). — On peut cependant soutenir

(1) Ulpien, L. 7 § 4 *De donat.*, et Marcien, L. 25 § 1, D., *De mort. causâ donat.* Il s'agit, dans ces textes, d'une donation faite sur le *pécule profectice :* donc, au fond, l'acte est une donation faite par le père, mais dépendant de la mort du fils. Comp. Ulpien, L. 11, D., *De mort. causâ donat.*

(2) L. 5 § 17, D., *De his quæ ut indignis aufer.* (34, 9).

(3) Inst., § 2 (au commencement) *De donat.*

époux fut modifiée par un Sénatusconsulte rendu sous les empereurs Septime Sévère et Antonin Caracalla. Il est bien, disait l'*oratio Principis*, que le donateur lui-même puisse revenir sur la donation ; *heredem verò eripere, forsitan adversùs voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse* (1). Dès lors la donation qu'un époux a faite à l'autre se trouve confirmée si le donateur vient à mourir sans l'avoir révoquée ; du reste, la propriété ne passe jamais au donataire tant que le donateur est encore vivant. — Le Sénatusconsulte qui est ainsi venu adoucir la rigueur de l'ancien droit s'applique-t-il sans distinction à toute espèce de donation entre époux, ou s'applique-t-il seulement aux *donationes rerum*, aux donations de choses corporelles ? C'est une question qui paraît avoir été débattue entre les jurisconsultes romains eux-mêmes (2).

DU *JUS ACCRESCENDI* EN CAS D'AFFRANCHISSEMENT.

Il existait, dans l'ancien droit romain, une manière d'acquérir assez singulière. Lorsqu'un esclave appartenait par indivis à deux maîtres, si un seul d'entre eux l'affranchissait, l'esclave ne pouvait pas devenir libre ; comme, d'un autre côté, un homme ne peut pas être libre pour partie et pour partie esclave, on décidait qu'il appartenait privativement au maître qui ne l'avait pas affranchi. C'est donc ce maître qui profitait immédiatement de la *manumissio*, puisque *pars alterius ei adcrescebat*. — Du reste, il était admis que ce résultat ne se produisait qu'autant que le co-propriétaire avait employé l'un des modes d'affranchissement reconnus par l'ancien droit civil. S'il avait voulu affranchir l'esclave *inter amicos*, d'après l'opinion générale, cela n'aurait eu aucune espèce d'effet (3).

Justinien a supprimé cette manière d'acquérir. *Invenimus viam*, dit-il, *per quam et manumissor et socius ejus et qui libertatem accepit nostro beneficio fruantur* (4). Dans le système de Justinien, le *ma-*

(1) L. 32 § 2 *eod. Tit.*
(2) Comp. L. 23 et L. 32 §§ 1 et 23 *eod. Tit.*
(3) *Fragm. d'Ulpien*, I, § 18 ; *Sent. de Paul*, IV, XII, § 1 ; Inst., § 4 (1er alinéa) *De donat.*
(4) Inst., § 4 (2e alinéa) *De donat.*

numissor est censé avoir d'abord acheté la part qui lui manquait dans l'esclave : devenu ainsi seul propriétaire de cet esclave, il a pu en l'affranchissant le conduire à la liberté. Il paraît que déjà anciennement il y avait quelque chose de semblable pour le cas où un militaire avait affranchi par testament un esclave qui ne lui appartenait qu'en partie (1). — La *manumissio* impliquant achat, le *manumissor* aura un prix à payer à son co-propriétaire : comment ce prix sera-t-il fixé ? D'après un tarif que contient la Constitution de Justinien et dans lequel on a égard à la condition de l'esclave.

DE CEUX QUI PEUVENT ALIÉNER ET DE CEUX QUI NE LE PEUVENT PAS.

La règle générale est que le propriétaire peut aliéner, et que le non-propriétaire ne peut pas aliéner. Mais cette règle souffre exception à deux points de vue : comme Justinien le dit après Gaius, *accidit aliquandò ut qui dominus sit, alienare non possit, et contrà, qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat* (2). Plaçons-nous successivement à ces deux points de vue.

1° *Cas où le propriétaire ne peut pas aliéner.*

Le mari est propriétaire de ce qui lui est apporté en dot, et cependant il ne peut pas aliéner l'immeuble dotal.

On appelle dot en général toute valeur fournie au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage. Cicéron va jusqu'à dire que, quand la femme tombe sous la *manus* de son mari, tous ses biens se trouvent être dotaux (3).

La dot peut être constituée soit par la femme elle-même, soit par un tiers. Elle peut être constituée soit avant le mariage, soit pendant le mariage : comme le dit Paul, *dos aut antecedit aut sequitur matrimonium, et ideò vel antè nuptias vel post nuptias dari potest ; sed antè nuptias data earum expectat adventum* (4).

(1) L. 1, C., *De communi servo manum.* (7, 7).
(2) Gaius, II, § 62; Inst., pr. (au commencement) *Quib. alien. lic. vel non* (II, 8).
(3) *Topiques,* n° 4.
(4) *Sent. de Paul,* II, XXI b, § 1. Voy. aussi *Fragm. du Vatican,* § 110; Inst.,

La personne qui constitue la dot peut le faire soit en aliénant, soit en s'obligeant, soit en libérant le mari d'une dette dont il est tenu. Ici nous avons seulement à parler du cas où il y a eu aliénation au profit du mari *dotis constituendæ causâ*. Cette aliénation s'est faite, conformément au droit commun, par une *mancipatio*, par une *in jure cessio*, par une tradition. C'est bien le mari qui est propriétaire ; *dos tamen mulieris est*, dit Tryphoninus (1). Cela veut dire simplement que, même pendant le mariage, la femme profite de la dot, qu'elle a un véritable intérêt à l'existence de sa dot.

Le mari étant propriétaire des biens dotaux, la conséquence naturelle, c'est qu'il peut les aliéner comme bon lui semble. Cette conséquence a toujours été admise, chez les Romains, en ce qui concerne les meubles : aussi voyons-nous dans plusieurs textes que le mari peut affranchir l'esclave dotal. Mais, sous Auguste, une loi Julia *de adulteriis* vint supprimer le droit du mari en ce qui concerne l'immeuble dotal : *Dotale prædium*, dit Gaius, *maritus invitâ muliere per legem Juliam prohibetur alienare*, *quamvis ipsius sit, vel mancipatum ei dotis causâ, vel in jure cessum*, *vel usucaptum* (2). D'après les Institutes, la loi Julia ne se serait pas bornée à défendre au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme, elle aurait contenu une deuxième disposition : elle aurait défendu au mari d'engager ou d'hypothéquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme (3). Cette deuxième disposition en elle-même n'a rien que de raisonnable : la femme, se faisant illusion sur les conséquences de l'hypothèque, y consentirait plus facilement qu'à l'aliénation : on peut présumer justement que le consentement qu'elle donne à l'hypothèque n'est pas donné en connaissance de cause, on peut le tenir pour non avenu. Mais cela se trouvait-il réellement dans la loi Julia ? Je n'en crois rien : il me paraît très-probable qu'il y a là une extension, consacrée par la

§ 3 *De donat.* — Au contraire, chez nous, la dot ne peut être constituée ni même augmentée pendant le mariage (C. Nap., art. 1543).

(1) L. 75, D., *De jure dot.* (23, 3).

(2) Comment. II, § 63. Voy. aussi *Sent. de Paul*, II, XXI b, § 2.

(3) Inst., pr. *Quib. alien. lic. vel non.* Voy. aussi L. un. § 15, C., *De rei uxoriæ act.* (5, 13).

jurisprudence, du système du Sénatusconsulte Velléien, qui défend aux femmes de s'obliger ou d'obliger leurs biens dans l'intérêt d'autrui (1).

Justinien dit également, aux Institutes, que la loi Julia ne s'appliquait qu'aux immeubles situés en Italie. Gaius s'exprime en termes moins absolus : *quod quidem jus*, dit-il en parlant de l'inaliénabilité établie par la loi Julia, *utrùm ad italica tantùm prædia, an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur*.

Justinien a gravement modifié le système qu'il a trouvé en vigueur. Il a mis l'aliénation du fonds dotal sur la même ligne que l'hypothèque, en décidant que, même avec le consentement de la femme, le mari ne pourrait pas plus aliéner qu'hypothéquer le fonds dotal : la femme se trouve ainsi protégée contre sa propre faiblesse (2). En outre, Justinien a décidé formellement, ce qui allait de soi, que les fonds dotaux situés dans les provinces seraient soumis au même régime que les fonds dotaux situés en Italie.

L'inaliénabilité n'existe pas seulement pendant le mariage. Si le fonds destiné à devenir dotal avait été transféré au fiancé, l'inaliénabilité commencerait même avant le mariage (3). De même, en sens inverse, le mariage étant dissous et le fonds dotal devant être restitué à la femme, l'inaliénabilité subsiste tant que cette restitution n'a pas été effectuée (4).

Le fonds dotal étant inaliénable, il s'ensuit que le mari ne peut le grever d'aucune servitude : constituer une servitude sur un fonds, c'est aliéner une partie de la propriété. De même, si une servitude active appartient au fonds dotal par rapport à un fonds voisin, le mari ne peut pas abdiquer cette servitude ; il ne peut même pas la laisser se perdre *non utendo* (5).

(1) Voy., pour les développements, ma monographie *sur la condition du fonds dotal en droit romain*, p. 209 et suiv.

(2) L. un. § 15, C., *De rei ux. act.*, et Inst., pr. *Quib. alien. lic. vel non.* — Voici quelle paraît avoir été l'idée de Justinien : La femme, pour garantie de la restitution de sa dot, a hypothèque sur tous les biens du mari, même sur les biens dotaux ; si le fonds dotal pouvait être aliéné avec son consentement, elle pourrait renoncer à son hypothèque sur ce fonds, et il ne faut pas qu'elle puisse y renoncer.

(3) Gaius, L. 4, D., *De fundo dot.* (23, 5).

(4) Papinien, L. 12 pr. *eod. Tit.*

(5) Ulpien, LL. 5 et 6 *eod. Tit.*

Il y a certaines aliénations qui ne tombent pas sous l'application de la loi Julia ni de la Constitution de Justinien et dont le fonds dotal reste parfaitement susceptible. Je veux d'abord parler des aliénations qui ne sont pas volontairement consenties par le mari. Ainsi, la maison dotale menace ruine; le voisin mène le mari devant le Préteur pour obtenir de lui la caution *damni infecti*, c'est-à-dire l'engagement de réparer le dommage possible ; sur le refus du mari de fournir cette caution, le Préteur envoie d'abord le voisin en possession, puis le met *in causâ usucapiendi*, et le voisin finit par obtenir le *dominium ex jure Quiritium* (1). De même, le mari a reçu en dot une part indivise dans un immeuble ; le co-propriétaire provoque le partage, au moyen de l'action *communi dividundo :* le juge de cette action, par son *adjudicatio*, pourra très-bien attribuer au demandeur tout ou partie de ce qui était dotal. C'est ce qui résulte positivement d'une Constitution de l'empereur Gordien : *Mariti, qui fundum communem cum alio in dotem inæstimatum acceperunt, ad communi dividundo judicium provocare non possunt, licet ipsi possint provocari* (2). L'empereur a soin de supposer que la part indivise apportée en dot au mari l'a été sans estimation : en effet, il est de principe que l'estimation vaut vente, et alors, quand un immeuble est constitué en dot avec estimation, ce qui est dotal, c'est le montant de l'estimation et non l'immeuble, de sorte que celui-ci reste parfaitement aliénable. — En second lieu, la dotalité d'un immeuble ne l'empêche pas d'être transmissible *per universitatem :* ainsi, le mari venant à mourir, l'immeuble dotal passe à son héritier; le mari venant à tomber sous la puissance d'un tiers, ce tiers acquiert l'immeuble dotal avec les autres biens du mari (3).

Supposons que, contrairement à la loi, le mari a mancipé le fonds dotal, qu'il l'a vendu et livré : peut-on dire, dès à présent, à coup sûr, que l'aliénation est nulle? Non. Le principe est que l'inaliénabilité n'a été introduite qu'en faveur de la femme et ne peut être invoquée que par elle. En conséquence, l'aliénation faite par le mari sera maintenue, toutes les fois qu'il se trouvera qu'a-

(1) Paul, L. 1 pr. *eod. Tit.*
(2) L. 2, C., *De fundo dot.* (5, 23).
(3) Paul, L. 1 § 1, et Ulpien, L. 2, D., *De fundo dot.*

près la dissolution du mariage la dot ne doit pas être restituée à la femme (1).

— A ce qui vient d'être dit sur la dot, et particulièrement sur le fonds dotal, nous pouvons rattacher quelques indications sur la donation *antè nuptias* ou *propter nuptias*.

Dans l'ancien droit, la donation *antè nuptias* était une donation ordinaire, que l'on opposait à la donation *inter virum et uxorem*, pour exprimer qu'elle était valable tandis que celle-ci était nulle. — Par cela seul que la donation était qualifiée *antè nuptias*, elle était considérée comme conditionnelle : on sous-entendait la condition *si nuptiæ secutæ fuerint*.

La donation *antè nuptias* finit par prendre un caractère particulier : elle cessa d'être une donation ordinaire, conférant dès à présent au donataire un droit certain. Justinien exprime cette idée, lorsqu'il dit, en parlant d'elle : *antipherna, et non simplex donatio* (2). C'est également à la donation *antè nuptias* sous sa nouvelle forme qu'il faut rapporter cette phrase des Institutes : *Est et aliud genus inter vivos donationum, qvod veteribus quidem prudentibus penitùs erat incognitum, posteà autem a junioribus divis Principibus introductum est* (3). — Du reste, même après qu'elle eût cessé d'être une donation proprement dite, la *donatio antè nuptias* a toujours continué d'être assujettie à la formalité de l'insinuation.

Quels sont les effets particuliers attachés à cette *donatio antè nuptias* faite par le futur mari?

1° Si le mari tombe en déconfiture, s'il est *ad inopiam deductus*, ses créanciers ne pourront pas s'emparer des biens compris dans la donation : les biens dont il s'agit resteront affectés à l'entretien du ménage. Il y a ici quelque chose qui ressemble à notre séparation de biens : la femme peut revendiquer, à l'encontre des créanciers du mari, les biens dotaux et les biens donnés *antè nuptias*, *ut potuisset si matrimonium eo modo dissolutum esset quo dotis et antè nuptias donationis exactio ei competere poterat ; ità tamen ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente marito et matri-*

(1) Paul, L. 3 § 1, et Marcien, L. 17, *eod. Tit.*
(2) L. 20, C., *De donat. antè nupt.* (5, 3).
(3) Inst., § 3 *De donat.*

monio inter eos constituto, sed fructibus earum ad sustentationem tàm suî quàm mariti filiorumque, si quos habet, abutatur (1).

2° De même que la femme perd sa dot quand le divorce lui est imputable à faute, de même le mari perd tous les biens qu'il a donnés *antè nuptias* quand c'est lui qui amène le divorce. Après avoir indiqué les cas dans lesquels le mari peut légitimement répudier sa femme, les empereurs Théodose et Valentinien ajoutent : *Sin autem aliter uxori suæ renunciare voluerit, dotem redhibeat et antè nuptias donationem amittat* (2).

3° Lorsqu'il a été convenu que le mari survivant gardera une partie de la dot, par là même la femme acquiert le droit, pour le cas où elle survivrait, de gagner une partie des biens donnés *antè nuptias*. Quelle partie? C'était d'abord la même fraction que le mari survivant devait garder dans la dot : s'il a été convenu que le mari survivant gardera la moitié de la dot, la femme survivante gagne la moitié des biens donnés *antè nuptias*. Justinien a voulu que la valeur fût la même : le mari survivant aurait gagné 100 solides, la femme survivante gagnera 100 solides (3).

La *donatio antè nuptias* devait nécessairement être faite avant le mariage. L'empereur Justin permit que, la dot étant augmentée pendant le mariage, la *donatio antè nuptias* pût de son côté être également augmentée pendant le mariage. Justinien va plus loin : il décide *ut tales donationes non augeantur tantùm, sed et constante matrimonio initium accipiant*, et alors il remplace le nom de *donatio antè nuptias* par celui de *donatio propter nuptias* (4).

Le mari, propriétaire des biens dotaux, ne peut pas aliéner le fonds dotal. Il y a encore d'autres personnes qui ne peuvent pas aliéner ce qui leur appartient. Nous citerons d'abord l'homme en démence et le prodigue interdit. De même, du moins à partir de Dioclétien, le pubère mineur de 25 ans, quand il est pourvu d'un curateur (5). Nous avons spécialement à nous occuper ici des per-

(1) Justinien, L. 29, C., *De jure dot.* (5, 12).

(2) L. 8 § 5, C., *De repudiis* (5, 17).

(3) Léon et Anthemius, L. 9, C., *De pact. conv. tàm super dote* (5, 14); Justinien, Novelle 97, ch. 1.

(4) Inst., § 3 *De donat.*

(5) Voy., ci-dessus, p. 405.

sonnes en tutelle. *Nunc admonendi sumus*, dit Gaius, *neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem mancipi alienare posse; nec mancipi verò feminam quidem posse, pupillum non posse* (1).

Les Institutes, après avoir posé la règle que le pupille ne peut rien aliéner sans l'*auctoritas tutoris*, en indiquent successivement trois applications :

1° Le pupille non autorisé ne peut pas faire un prêt, un *mutuum* : car le *mutuum* suppose que le prêteur a transféré la propriété à l'emprunteur. *Si pupillus mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis* (2). Remarquez bien cette expression, déjà employée par Gaius : *pupillus non contrahit obligationem*. Elle signifie que le pupille n'acquiert point par le contrat (par le *mutuum* qu'il a voulu faire) un droit de créance contre la personne à qui il a remis ses écus. Cette personne n'étant que possesseur des écus, il s'ensuit que le pupille peut les revendiquer contre elle. Mais la revendication n'est possible qu'autant que les écus remis par le pupille existent encore de manière à pouvoir être individuellement reconnus et désignés : *vindicari possunt sicubi extent*. Dès que l'*accipiens* aura consommé les écus, le pupille pourra bien encore agir contre lui, mais ce ne sera plus par la revendication. Quelle est l'action qui lui appartiendra désormais ? Cela dépend :

Si l'*accipiens* a consommé les écus de bonne foi, c'est-à-dire croyant les avoir reçus d'un homme capable de les aliéner, il est tenu de la *condictio*. — Lorsqu'il y a eu un *mutuum* valable, l'emprunteur est également tenu de la *condictio* : devons-nous donc admettre que, quand celui qui a reçu d'un pupille non autorisé a consommé de bonne foi, toût se passe exactement comme si le *mutuum* avait été régulièrement fait? Non. En vertu d'un *mutuum* valable, le prêteur ne peut intenter la *condictio* qu'à l'expiration du terme convenu ; ici, au contraire, le pupille, eût-il expressément accordé un terme, peut agir immédiatement.

Si l'*accipiens* a consommé de mauvaise foi, sachant que les écus n'avaient pas pu lui être transférés, il est tenu de l'action *ad exhi-*

(1) Comment. II, § 80.
(2) Inst., § 2 *Quib. alien. lic. vel non.*

bendum. Le pupille obtiendra condamnation pour la somme qu'il fixera lui-même, sous la foi du serment, comme représentant le dommage qu'il a éprouvé faute d'avoir gardé ses écus (1).

Dans l'ancien droit, la femme en tutelle, à la différence du pupille, pouvait prêter son argent sans l'autorisation de son tuteur, *cùm scilicet ea pecunia res nec mancipi sit* (2).

2° Le pupille, quand il s'agit pour lui d'acquérir la propriété, n'a pas besoin de l'*auctoritas tutoris*. Si donc Titius doit à un pupille 100 sesterces et qu'il remette les 100 sesterces au pupille non autorisé, la propriété aura très-bien été transférée de Titius à son créancier. Maintenant, Titius aura-t-il éteint sa dette? Non : car le pupille n'a pas perdu sans l'*auctoritas tutoris* le droit de créance qui lui appartenait. En conséquence, le pupille, bien qu'ayant reçu les 100 sesterces, conserve le droit d'actionner Titius en paiement; et Titius n'aura d'autre ressource que d'opposer l'exception de dol pour faire diminuer la condamnation jusqu'à concurrence du profit que le pupille a pu retirer de la somme par lui touchée. Si donc le pupille a dissipé les 100 sesterces, il faudra que Titius paie de nouveau la somme entière (3).

Ici encore, dans l'ancien droit, les choses ne se passaient pas de même lorsqu'au lieu d'un pupille il s'agissait d'une femme en tutelle. *Mulieri verò*, dit Gaius, *etiam sine tutoris auctoritate rectè solvi potest : nàm qui solvit liberatur obligatione*, *quia res nec mancipi a se dimittere mulier et sine tutoris auctoritate potest* (4). — Du reste, pas plus que le pupille, la femme ne pourrait libérer son débiteur en lui faisant remise au moyen d'une *acceptilatio*. *Si pecuniam non accipiat*, continue Gaius, *sed acceptam habere se dicat, et per acceptilationem velit debitorem sine tutoris auctoritate liberare, non potest.* Ceci tient à ce que, faire *acceptilatio*, c'est *civile negotium gerere*, ce qui est interdit à la femme non autorisée (5).

Le débiteur d'un pupille, lorsqu'il ne veut pas s'exposer à payer deux fois, doit avoir soin de payer, soit au pupille autorisé de son

(1) Paul, L. 2 § 1, D., *De in lit. jur.* (12, 3).
(2) Gaius, II, § 81.
(3) Gaius, II, § 84. Voy. aussi Marcien, L. 47, D., *De solut.* (46, 3).
(4) Gaius, II, § 85.
(5) *Fragm. d'Ulpien*, XI, § 27.

tuteur, soit simplement au tuteur. Du reste, même en procédant ainsi, il n'obtient pas sécurité complète. En effet, si, le tuteur se trouvant insolvable, l'argent payé par le débiteur est en réalité perdu pour le pupille, ce pupille pourra se faire restituer *in integrum* contre le paiement et s'en prendre de nouveau à celui qui l'a fait, bien qu'il l'ait fait aussi régulièrement qu'il était possible de le faire. Justinien a remédié à un pareil état de choses. Il a décidé que le débiteur d'un pupille (ou d'un pubère mineur de 25 ans) aurait toute sécurité en payant entre les mains du tuteur (ou du curateur) en vertu d'une *judicialis sententia*, *sine omni damno celebrata*, en vertu d'une permission du juge, laquelle devrait lui être délivrée sans frais. Cette *judicialis sententia* est même inutile quand il s'agit de payer des intérêts ou autres revenus (1). Mais celui qui, étant débiteur d'un capital, paie sans avoir obtenu la *judicialis sententia,* sera contraint de payer une deuxième fois si l'argent est dissipé ou s'il est perdu par suite d'un vol.

3° A l'inverse de l'hypothèse précédente, je suppose qu'un pupille se trouve valablement obligé à payer 100 sesterces à Titius. Si le pupille lui-même, sans l'*auctoritas tutoris,* remet les écus à son créancier, il ne se libère point de sa dette, par la raison bien simple que le créancier ne devient point propriétaire des écus qui lui sont ainsi remis (2).

Le pupille, n'ayant pas pu aliéner ses écus, conserve le droit de les revendiquer tant que le créancier ne les a pas consommés. Seulement, sa revendication pourrait être repoussée par une exception de dol si ce qu'il a payé était dès à présent exigible au profit du créancier. Ce serait alors le cas d'appliquer la règle *Dolo facit qui petit quod redditurus est* (3).

Si le créancier a consommé de bonne foi ce qui lui a été remis par le pupille, celui-ci ne peut plus revendiquer : ne faut-il pas en conclure qu'il se trouve dès lors libéré de sa dette? C'est effectivement ce que dit Gaius : *Si creditor bonâ fide pecuniam pupilli con-*

(1) L. 25, C., *De admin. tut.* (5, 37). Cette Constitution est analysée, aux Institutes, § 2 *Quib. alien. lic. vel non.*

(2) Inst., même § 2, *in fine.*

(3) Paul, L. 173 § 3 *De reg. jur.*

sumpserit, liberabitur pupillus (1). — J'admets purement et simplement cette décision, toutes les fois que le pupille a payé une somme d'argent dès à présent exigible. Mais supposons que, devant une somme d'argent, il l'a payée avant l'échéance du terme, ou que, devant soit une certaine quantité de marchandises, soit une chose *in genere*, il a fourni pour s'acquitter ce qu'il y a de mieux dans le genre lorsqu'il lui suffisait de fournir une qualité moyenne : je ne crois pas que le pupille doive rester victime de son inexpérience, et, conformément aux principes généraux, je lui permettrais d'intenter une *condictio* contre le créancier qui s'enrichit sans cause à ses dépens.

2° *Cas où un non-propriétaire peut aliéner.*

Nous avons déjà eu l'occasion de parler de certaines personnes qui, sans être propriétaires, peuvent aliéner. Tel est le mandataire ou *procurator* qui a reçu du *dominus* le pouvoir d'aliéner (2). Tel est le tuteur d'un impubère. Tels sont, en général, les curateurs. — Je rappelle que la tradition est le seul mode d'aliénation qui se prête à une représentation du *dominus* par un tiers. Dans l'ancien droit, si c'est une chose *nec mancipi* qui a été livrée pour le compte du *dominus*, l'*accipiens* deviendra propriétaire comme s'il l'eût reçue du *dominus* lui-même ; si, au contraire, c'est une chose *mancipi*, il l'aura seulement *in bonis* jusqu'à ce qu'il l'ait usucapée. Même au Digeste et au Code, nous avons encore des traces de cette doctrine (3).

Ici nous avons spécialement à nous occuper du pouvoir accordé au créancier gagiste ou hypothécaire (4).

Dans l'histoire du gage et de l'hypothèque il faut considérer trois époques distinctes :

1° A l'origine, et encore du temps des jurisconsultes, le débiteur qui veut donner une sûreté réelle à son créancier lui trans-

(1) L. 9 § 2, D., *De auctorit. et cons.* (26, 8).

(2) Inst., §§ 42 et 43 *De div. rer.* Ci-dessus, p. 484.

(3) Voy. notamment, pour l'aliénation faite par un curateur, L. 7 § 1, D., *De curat. furioso* (27, 10), et, pour l'aliénation faite par un tuteur, Dioclétien et Maximien, L. 16, C., *De admin. tut.* (5, 37).

(4) Inst., § 1 *Quib. alien. lic. vel non.*

fère la propriété même de sa chose ; seulement il intervient un contrat de fiducie, par lequel le créancier s'engage à retransférer la propriété dès qu'il aura été payé de ce qui lui est dû (1). — Dans ce premier système, le créancier étant propriétaire, il va de soi qu'il peut aliéner la chose qui lui sert de sûreté.

2° Le créancier acquiert seulement la possession ; la propriété reste *apud debitorem*. Mais le créancier reçoit de plus le pouvoir d'aliéner la chose pour le cas où il ne serait pas payé à l'échéance. Il paraît bien que, dans le principe, ce pouvoir devait lui être donné expressément : *voluntate debitoris*, dit Gaius, *intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est ut liceret creditori pignus vendere si pecunia non solvatur* (2) ; et Javolenus, dans un texte sans doute inséré par mégarde au Digeste, dit que, *si is qui pignori rem accepit, cùm de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit... furti se obligat* (3). Plus tard le pouvoir d'aliéner la chose devint de la nature du *pignus*, il fut sous-entendu dans le contrat ; du reste, le créancier non payé ne pouvait exercer ce pouvoir qu'à charge de faire trois dénonciations au débiteur. Enfin les trois dénonciations ne furent plus exigées que dans le cas où en engageant sa chose le débiteur aurait exprimé que le créancier ne pourrait pas la vendre : cette convention *ne distraheretur* n'était pas, comme on le voit, absolument nulle ; mais elle n'avait pas l'effet de supprimer pour le créancier le *jus distrahendi*, ce *jus distrahendi* étant dès lors réputé être de l'essence du contrat de gage (4). — Le créancier, qui a le pouvoir d'aliéner, pourrait-il, une fois la dette échue, être contraint à exercer ce pouvoir ? Non, il y a là pour lui une faculté, il ne saurait y avoir une obligation. Mais le débiteur lui-même peut toujours vendre s'il le veut, et, le prix de vente étant suffisant pour désintéresser le créancier, le gage s'évanouira (5). — Ce système du *pignus* avait quelque chose de gênant pour le dé-

(1) Gaius, II, § 60; *Sent. de Paul*, II, XIII, §§ 1-7.

(2) Comment. II, § 64.

(3) L. 73 *De furt.* (47, 2).

(4) Ce que je viens de dire est attesté notamment par deux textes fort curieux : l'un est de Paul (*Sent.*, II, v, § 1); l'autre, attribué à Ulpien, forme la L. 4, D., *De pigner. act.* (13, 7).

(5) Pomponius, L. 6 pr., D., *De pigner. act.*

biteur, qui était nécessairement dépouillé de la possession de sa chose. Mais on avait imaginé un palliatif : le débiteur gardait par-devers lui la chose comme locataire du créancier ou comme concessionnaire à précaire. C'est ce que dit notamment le jurisconsulte Florentinus : *Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem ; potest tamen et precariò et pro conducto debitor re suâ uti* (1).

3° Enfin le Préteur admet que, par un simple pacte et sans aucun déplacement de possession, le débiteur peut conférer une sûreté réelle au créancier. C'est ce qu'on appelle le *pacte d'hypothèque*. Ce troisième système fut d'abord employé pour permettre au fermier d'affecter au paiement des fermages ses meubles et ustensiles aratoires ; il fut ensuite généralisé (2). Le créancier hypothécaire, comme le créancier gagiste, peut vendre la chose, quand il n'est pas payé à l'échéance. — L'hypothèque résultant d'un simple pacte, il s'ensuit : 1° que la même chose peut être hypothéquée successivement à plusieurs créanciers, entre lesquels on appliquera la règle *Prior tempore, potior jure ;* 2° que le débiteur peut hypothéquer même une chose future, une chose qui n'existe pas encore dans son patrimoine.

Les Institutes (§ 1 *in fine Quib. alien. lic. vel non*) font allusion à certains changements apportés par Justinien en ce qui concerne le droit du créancier de vendre la chose engagée ou hypothéquée : *ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temerè suarum rerum dominium amittere videantur*, *nostrâ Constitutione consultum est.* La Constitution dont il s'agit forme la L. 3, C., *De jure dom. impetr.* (8, 34). Justinien se flatte d'avoir pourvu à l'intérêt légitime du créancier et à celui du débiteur. La vérité est qu'il a établi le système de crédit le plus singulier qui se puisse concevoir. On en jugera par l'analyse très-succincte que je donne ici de sa Constitution : Toutes les conventions que les parties ont pu faire relativement à la vente de la chose engagée ou hypothéquée doivent d'abord être observées ; — A défaut de conventions particulières, la vente ne peut avoir lieu que deux ans après la

(1) L. 35 § 1 *eod. Tit.*
(2) Inst., § 7 *De action.* (IV, 6).

sommation faite par le créancier ou après le jugement obtenu par lui ; — Lorsque la chose est mise en vente, si personne ne se présente pour l'acheter, au bout de deux nouvelles années l'empereur peut accorder au créancier la propriété ; — Enfin, deux ans doivent encore s'écouler depuis cette concession impériale pour que le débiteur se trouve avoir perdu le droit de reprendre la chose au créancier en le désintéressant.

PAR QUELLES PERSONNES NOUS POUVONS ACQUÉRIR.

Je puis acquérir la propriété, non-seulement par moi-même, par des actes auxquels je figure personnellement, mais encore par des tiers, par des actes dans lesquels je suis représenté (1).

Les personnes par le ministère desquelles je puis ainsi réaliser une acquisition sont assez nombreuses. Nous parlerons successivement : 1° Des personnes sur lesquelles j'ai la puissance paternelle ; — 2° Des personnes sur lesquelles j'ai la puissance dominicale ; — 3° De la personne qui est *in manu* ou *in mancipio* ; — 4° De l'esclave dont j'ai l'usufruit ou l'usage ; — 5° De l'esclave appartenant à autrui ou de l'homme libre que je possède *ex justâ causâ* et de bonne foi, et de l'esclave que j'ai *in bonis* ; – 6° Enfin, de la *persona extranea*, sur laquelle je n'ai aucun droit et que je ne possède point de bonne foi.

Nous rechercherons si par ces différentes personnes je puis acquérir, non-seulement la propriété et les autres droits réels, mais encore la possession et le *jus hereditarium*. Quant à l'acquisition du droit de créance, il en sera traité plus loin (2).

1° *Des fils de famille.*

Dans l'ancien droit, le père acquiert par le fils qu'il a sous sa puissance, à peu près comme le maître par son esclave. Aussi beaucoup de textes anciens s'appliquent-ils indifféremment au *filiusfamiliâs* et au *servus*.

L'enfant soumis à ma puissance peut d'abord m'acquérir la pro-

(1) Gaius, II, § 86; Inst., pr. *Per quas pers. nob. adquir.* (II, 9).

(2) Voy., aux Institutes, le Titre *Per quas pers. nob. oblig. adquir.* (III, 28).

priété soit par mancipation, soit par legs (1). Gaius nous a conservé les paroles qui doivent être employées dans la mancipation lorsque c'est ainsi une personne *alieni juris* qui joue le rôle d'acquéreur : *Hanc rem ex jure Quiritium Lucii Titii patris mei esse aio, eaque ei empta esto hoc ære æneâque librâ* (2). — Au contraire, un fils de famille ne pouvant pas revendiquer une chose comme sienne par devant le magistrat, il s'ensuit qu'il ne peut pas acquérir à son père par l'*in jure cessio* un droit de propriété ou de servitude (3). Il ne pourrait pas non plus acquérir par *adjudicatio*. — Je rappelle que, dans l'ancien droit, l'usufruit légué au fils de famille était bien acquis au père, mais s'éteignait par la mort ou par la *capitis deminutio* du fils (4). — Il importe de remarquer que, dans tous les cas où le père peut ainsi acquérir *per filium* le droit de propriété ou un droit de servitude, l'acquisition a lieu à son profit même sans qu'il en ait conscience.

La possession peut également être acquise au père par le fils de famille (5). Mais des deux éléments nécessaires pour acquérir la possession, le *corpus* et l'*animus*, un seul se trouve chez le fils, l'autre doit toujours exister chez le père. Comme le dit Paul, *possessionem adquirimus et animo et corpore : animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno* (6). Néanmoins, lorsque le père a confié à son fils un pécule, *ex peculiari causâ* la possession est acquise au père, même à son insu : il est considéré comme ayant eu, une fois pour toutes, l'*animus possidendi* relativement aux choses dont le fils prendrait possession à l'occasion du pécule (7). Papinien explique très-bien cette décision, lorsqu'il dit : *Utilitatis causâ, jure singulari receptum, ne cogerentur domini* (ou *patres*) *per momenta species et causas peculiorum inquirere* (8). Lorsque le père se trouve ainsi posséder à son insu, il peut usucaper sans le savoir ; seulement, il

(1) Gaius, II, § 87.
(2) Comment. III, § 167 *in fine*. Comp., ci-dessus, p. 444.
(3) Gaius, II, § 96.
(4) Voy., ci-dessus, p. 536.
(5) Gaius, II, § 89.
(6) *Sent.*, V, II, § 1.
(7) Paul, L. 1 § 5, et Ulpien, L. 4, D., *De adq. vel am. poss.* (41, 2).
(8) L. 44 § 1 *eod. Tit.*

est bien entendu qu'alors le fils de famille doit être de bonne foi, doit croire que celui de qui il tient la chose avait pouvoir de l'aliéner. *In peculiaribus tantùm rebus*, dit Paul, *ut ignorantes usucaperimus, receptum est* (1); et le même jurisconsulte ajoute, après Pomponius, *tunc mentem filii quærendam* (2). — Même en dehors du cas où il s'agit d'acquérir la possession *ex peculiari causâ*, le fils de famille doit avoir conscience de l'acquisition, il doit avoir l'*intellectus possidendi* : ainsi je ne pourrais pas acquérir la possession par mon fils s'il était en démence (3). Ne faut-il pas même que mon fils ait la volonté d'acquérir pour moi? Le principe est bien que je n'acquiers pas la possession par mon fils quand il veut la faire acquérir à un autre (4) ; mais je crois qu'il faut décider autrement, qu'il faut ne tenir aucun compte de l'intention de mon fils, lorsque le *tradens* a positivement la volonté de me faire acquérir (5).

Enfin, par mon fils je puis acquérir une hérédité, pourvu qu'il fasse adition sur l'ordre que je lui ai donné. *Si heres institutus sit*, dit Gaius, *nisi nostro jussu hereditatem adire non potest; et, si jubentibus nobis adierit, hereditatem nobis adquirit, proindè atque si nos ipsi heredes instituti essemus* (6). Ulpien explique très-bien pourquoi le *jussus patris* est ici nécessaire : *Qui in alienâ est potestate, non potest invitum hereditati obligare eum in cujus est potestate, ne æri alieno pater obligaretur* (7). Et le même jurisconsulte nous signale clairement la différence qui existe entre ce *jussus* et l'autorisation du tuteur : *Jussum ejus qui in potestate habet, non est simile tutoris auctoritati, quæ interponitur perfecto negotio, sed præcedere debet, ut Gaius Cassius scribit ; et putat vel per internuncium fieri posse vel per epistolam* (8).

Cette rigueur de l'ancien droit, qui faisait acquérir au père tout

(1) L. 47, D., *De usurpat.* (41, 3).
(2) L. 2 § 12, D., *Pro empt.* (41, 4).
(3) Paul, L. 1 §§ 9 et 10, D., *De adq. vel am. poss.*
(4) L. 1 § 19 *eod. Tit.*
(5) C'est, du moins, l'opinion d'Ulpien. Voy. L. 13, D., *De donat.* (39, 5).
(6) Comment. II, § 87.
(7) L. 6 pr., D., *De adq. vel om. hered.* (29, 2).
(8) L. 25 § 4, D., *eod. Tit.*

ce qui était acquis par le fils de famille, a reçu des adoucissements successifs.

Le premier de ces adoucissements résulte de l'établissement du pécule castrens. Les Institutes mêmes nous montrent que le pécule castrens a une origine reculée, lorsqu'elles disent : *Liberi nostri utriusque sexûs, quos in potestate habemus, olim quidem quidquid ad eos pervenerat, exceptis videlicet castrensibus peculiis, hoc parentibus suis adquirebant sine ullâ distinctione* (1). Le pécule castrens parait effectivement remonter à Auguste. De quoi se compose-t-il ? De tout ce que le fils de famille, militaire, peut acquérir en cette qualité. *Castrense peculium est,* dit le jurisconsulte Macer, *quod a parentibus vel cognatis in militiâ agenti donatum est, vel quod ipse filiusfamiliâs in militiâ adquisiit, quod nisi militaret adquisiturus non fuisset* (2). — Quelle est la condition du fils de famille qui a un pécule castrens ? On ne dit pas assez quand on dit qu'il a la pleine propriété des objets qui le composent (3) : il faut dire que, relativement à ce pécule, il est véritablement *paterfamiliâs* (4) : en effet, il peut tester, il peut agir en justice, il peut faire adition sans *jussus* préalable d'une hérédité qui s'ouvre à son profit (5).

A l'imitation du pécule castrens s'est établi le pécule quasi-castrens. Celui-ci est mentionné au Digeste, notamment dans un texte attribué à Ulpien (6) ; mais il ne paraît pas remonter au-delà de Constantin, qui décide que les acquisitions faites par les fils de famille *palatini Principis,* à l'occasion de leurs fonctions, formeront pour eux un *peculium quasi castrense* (7). Théodose le Jeune admit de même un pécule quasi-castrens au profit des avocats ; Léon et Anthemius, au profit des prêtres et des diacres. — Le fils

(1) § 1 (au commencement) *Per quas pers. nob. adq.*

(2) L. 11, D., *De castr. pec.* (49, 17).

(3) *Quod in castris adquisierit miles qui in potestate patris est, intelligere possumus neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse, sed scilicet proprium ejus esse qui id in castris adquisierit.* Voy. Inst., pr *Quib. non est perm. fac. testam.* (II, 12).

(4) *Vice patrisfamiliâs fungitur,* dit Ulpien : L. 2, D., *De senatusc. Macedon.* 14, 6).

(5) Voy. Tertullien, L. 4 § 1, et Ulpien, L. 5, D., *De castr. pec.*

(6) L. 7 § 6 *De donat.* (39, 5).

(7) L. un., C., *De castr. omn. Palatin. pec.* (12, 31).

de famille a la pleine propriété des choses comprises dans le pécule quasi-castrens; mais, à la différence de ce qui est admis pour le pécule castrens, il n'est pas par cela seul, du moins jusqu'à Justinien, reconnu capable de tester (1).

L'empereur Constantin a voulu que le fils de famille qui recueille l'hérédité maternelle en conservât la propriété, que le père acquît seulement la jouissance des biens qui la composent; il décide même que, si le père s'avisait de vendre ou de donner quelqu'un des biens qui la composent, l'acheteur ou le donataire ne pourra jamais prescrire à l'encontre du fils de famille (2). Le même régime fut ensuite appliqué aux biens laissés au fils de famille par succession de son ascendant maternel ou de son conjoint. Enfin, sous Justinien, ce régime s'applique, en dehors des pécules castrens et quasi-castrens, à tout ce qui ne vient pas du père, à tout ce qui n'est pas pécule profectice (3). Les biens dont le fils de famille a ainsi la nue-propriété, tandis que le père en a l'usufruit, forment ce qu'on appelle le *pécule adventice*. — Que deviendrait ce pécule adventice en cas d'émancipation du fils de famille? Avant Justinien, le père émancipateur pouvait prendre en pleine propriété un tiers de ce pécule, *quasi pro pretio quodammodo emancipationis*. Justinien décide que désormais le père pourra seulement retenir la moitié de l'usufruit (4).

2° *Des esclaves.*

Par l'esclave dont je suis seul *dominus ex jure Quiritium*, dont je suis plein propriétaire, je puis acquérir le droit de propriété et le *jus hereditarium*, exactement comme je l'acquérais dans l'ancien droit par l'enfant soumis à ma puissance paternelle (5). — Quant à la possession, pour pouvoir l'acquérir par mon esclave il faut que je le possède lui-même. Les jurisconsultes romains en concluaient que je ne puis pas acquérir la possession par mon

(1) Inst., § 6 *De milit. testam.* (II, 11).
(2) L. 1, C., *De bonis maternis* (6, 60).
(3) Inst., § 1 (2e alinéa) *Per quas pers. nob. adq.*
(4) Inst., § 2 *eod. Tit.*
(5) Gaius, II, § 87; Inst., § 3 (1er alinéa) *Per quas pers. nob. adq.*

esclave quand je l'ai donné en gage : *per servum corporaliter pignori datum non adquirere nos possessionem Julianus ait : ad unam enim tantùm causam videri eum a debitore possideri, ad usucapionem* (1). Quant à la question de savoir si je puis encore acquérir la possession par mon esclave lorsqu'il s'est enfui, *cùm in fugâ est*, elle était controversée entre les jurisconsultes romains (2).

Lorsqu'un esclave appartient par indivis à plusieurs maîtres, la règle est qu'il acquiert à ses maîtres en proportion du droit de chacun. Ainsi l'esclave Stichus appartient pour un tiers à Primus et pour deux tiers à Secundus : le fonds Cornélien ayant été légué à l'esclave, Primus aura un tiers indivis et Secundus deux tiers indivis dans la propriété du fonds. — La chose acquise par l'esclave commun serait ainsi commune aux deux maîtres, lors même que l'acquisition aurait été faite *ex re alterius*, avec l'argent d'un seul, sauf l'obligation pour l'autre de tenir compte de la somme dans l'action *communi dividundo :* Gaius le dit positivement (3). — Au contraire, la chose acquise par l'esclave commun appartiendrait seulement au maître Primus, si l'esclave, en se la faisant manciper, avait déclaré vouloir acquérir pour Primus (4), ou bien encore s'il l'avait acquise par ordre de Primus (5). — Ce qui vient d'être dit touchant l'acquisition de la propriété s'applique également à l'acquisition de la possession : *per communem, sicut per proprium, adquirimus etiam singuli in solidum, si hoc agat servus ut uni adquirat, sicut in dominio adquirendo* (6). Toutefois, d'après Ulpien, la possession doit être acquise aux deux maîtres ou à l'un d'eux, suivant la volonté du *tradens* et non suivant la volonté de l'esclave (7).

Lorsqu'une hérédité vient de s'ouvrir et que l'héritier n'a pas encore fait adition, l'esclave qui appartenait au défunt, le *servus hereditarius*, peut acquérir la propriété, *ex personâ defuncti*, à l'hérédité jacente. Quant à la possession, cet esclave, n'appartenant

(1) Paul, L. 1 § 15, D., *De adq. vel am. poss.*
(2) Comp. L. 1 § 14 et L. 50 § 1 *eod. Tit.*
(3) L. 45, D., *De adq. rer. dom.*
(4) Gaius, III, § 167.
(5) Ulpien, L. 5, D., *De stipul. serv.* (45, 3).
(6) Paul, L. 1 § 7, D., *De adq. vel am. poss.*
(7) L. 13, D., *De donat.* (39, 5).

pas à une personne réelle, capable d'avoir l'*animus*, peut l'acquérir seulement *ex causâ peculiari :* sous ce rapport, le *servus hereditarius* est dans la même position que l'esclave d'un *furiosus*, d'un *infans,* d'un *captivus* ou d'un municipe (1).

3° *Personnes* in manu *ou* in mancipio.

Par la personne sur laquelle j'ai la *manus* ou le *mancipium*, je puis sans aucun doute acquérir la propriété, probablement aussi le *jus hereditarium*. Puis-je acquérir la possession? *Quæri solet*, dit Gaius, c'est une question qu'on discute, *quia ipsas non possidemus* (2). Il est vraisemblable que la question se posait ainsi : A qui faut-il assimiler la femme *in manu* et l'individu *in mancipio?* est-ce à nos fils de famille, par qui nous acquérons la possession sans les posséder eux-mêmes, ou bien au contraire est-ce à nos esclaves, par qui nous ne pouvons acquérir la possession qu'autant que nous les possédons?

4° *Esclave grevé d'un droit d'usufruit ou d'un droit d'usage.*

Par l'esclave dont j'ai l'usufruit, j'acquiers seulement ce qui provient *ex re meâ* (cela correspond au *jus utendi*) et ce qui provient *ex operis ejus* (cela correspond au *jus fruendi*); et par l'esclave dont j'ai l'usage j'acquiers ce qui provient *ex re meâ* (3). Expliquons d'abord le sens de ces expressions. *Ex re meâ :* l'acquisition se réalise à mes frais, l'esclave acquiert une chose en la payant de mon argent. *Ex operis servi :* l'esclave travaille pour un tiers, qui fournit en revanche une somme à titre de salaire ou de loyer. Supposons que l'esclave dont j'ai l'usufruit ou l'usage ait fait une acquisition pour un prix qui n'a pas encore été payé à l'aliénateur : à qui appartient la chose ainsi acquise? Pour le moment, on ne peut le savoir, la propriété est *in pendenti :* il se trou-

(1) Relativement à l'esclave d'un municipe, il y avait discussion entre les jurisconsultes : voy. L. 1 § 22, D., *De adq. vel am. poss.*

(2) Comment. II, § 90.

(3) Gaius, II, § 91; Ulpien, L. 14 pr., D., *De usu et habit.* (7, 8); Inst., § 4 (au commencement) *Per quas pers. nob. adq.*

vera qu'elle m'appartient si le prix est payé de mes deniers, et qu'elle appartient au propriétaire de l'esclave si le prix est payé *aliundè* (1). — Que décider si cet esclave dont j'ai l'usufruit ou l'usage avait acquis *ex re meâ*, mais en déclarant qu'il entend acquérir pour le propriétaire ? Nous reviendrons ici à la règle générale suivant laquelle l'acquisition faite par un esclave profite au *dominus* : c'est ce que dit expressément Julien (2). Seulement, j'aurai une *condictio* contre ce *dominus* pour qu'il me tienne compte de la valeur que j'ai fournie (3).

Lorsque l'esclave dont j'ai l'usufruit a été institué héritier par un tiers, il est clair qu'en principe on ne peut pas dire qu'il y ait là une acquisition provenant *ex re meâ* ou *ex operis servi* : c'est donc le nu-propriétaire qui recueillera l'hérédité, après que sur son ordre l'esclave aura fait adition (4). Cependant il faut distinguer, avec Labéon, *cujus gratiâ servus heres instituitur* : s'il était prouvé que l'esclave a été institué *contemplatione fructuarii*, c'est à l'usufruitier que l'hérédité devrait profiter (5).

Puis-je acquérir la possession, comme la propriété, par l'esclave dont j'ai l'usufruit ou l'usage? La question était encore discutée du temps de Gaius : la raison de douter, c'est que je ne possède pas cet esclave (6). Mais on a fini par admettre que je puis acquérir ainsi même la possession. *Possessio quoque*, dit Papinien, *per servum cujus usus fructus meus est, ex re meâ vel ex operis servi, adquiritur mihi : cùm naturaliter a fructuario teneatur et plurimum ex iure possessio mutuetur* (7). C'est aussi l'avis de Paul : *nec ad rem pertinet*, dit-il, *quod ipsum non possidemus : nàm nec filium* (8). Enfin les Institutes ne mentionnent même pas une controverse comme ayant existé sur ce point (9).

(1) Ulpien, L. 25 § 1, D., *De usufr.* (7, 1).
(2) L. 57 § 5, D., *De adq. rer. dom.*
(3) Pomponius, L. 39, D., *De stipul. serv.* (45, 3).
(4) Gaius, II, § 91 *in fine*; Inst., § 4 *Per quas pers. nob. adq.*
(5) Même distinction quand il s'agit d'un legs ou d'une donation : Ulpien, LL. 21 et 22, D., *De usufr.*
(6) Gaius, II, § 94.
(7) L. 49 pr., D., *De adq. vel am. poss.*
(8) L. 1 § 8 *eod. Tit.*
(9) § 4 *in fine Per quas pers. nob. adq.*

5° *De l'individu possédé de bonne foi* ex justâ causâ, *et de l'esclave* in bonis.

Je puis posséder *ex justâ causâ* et de bonne foi, comme étant mon esclave, un individu qui en réalité se trouve être un homme libre ou l'esclave d'autrui. Par cet individu j'acquiers, comme par l'esclave dont j'ai l'usufruit, tout ce qui provient *ex re meâ* ou *ex operis ejus*. Tout ce qu'il peut acquérir autrement sera pour lui-même, s'il est libre, et pour son maître, s'il est esclave (1). — Lorsqu'un esclave a été donné en gage par son maître, c'est bien le créancier gagiste qui le possède : aussi, comme nous l'avons vu, son maître, ayant cessé de le posséder, ne peut plus acquérir par lui la possession. Mais, de son côté, le créancier gagiste, ne possédant pas *ex justâ causâ*, ne peut rien acquérir par l'esclave dont il s'agit (2). — Lorsqu'un homme qui possède *ex justâ causâ* vient à perdre la *bona fides* qu'il avait d'abord, d'après l'opinion qui a prévalu, dès ce moment il cesse d'acquérir : *magis est*, dit Ulpien, *ut singula momenta spectemus* (3). Toutefois Gaius admet que le possesseur, même après que le propriétaire a intenté contre lui la revendication, gagne encore ce qui provient *ex re suâ* (4).

Que décider en ce qui concerne l'hérédité à laquelle serait appelé cet individu que je possède *ex justâ causâ* et de bonne foi? S'il s'agit d'un *servus alienus,* en principe, l'adition qu'il aurait faite sur mon ordre serait tenue pour nulle (5); nous exceptons seulement le cas où il serait prouvé que l'esclave a été institué *contemplatione meî*. Relativement au cas où il s'agit d'un homme libre, Pomponius rapporte plusieurs opinions différentes qui avaient été présentées. Suivant Ariston, par cet homme libre, je ne puis jamais acquérir une hérédité, *etiamsi testator ad me voluisset pertinere*, attendu qu'il n'y a point là une acquisition qui provienne *ex re meâ* ou *ex operis ejus*. Pomponius explique ainsi cette décision :

(1) Gaius, II, § 92; Inst., § 4 *Per quas pers. nob. adq.*
(2) Julien, L. 37 pr., D., *De adq. rer. dom.*
(3) L. 23 § 1, D., *De adq. rer. dom.*
(4) L. 20, D., *De rei vindic.* (6, 1).
(5) Ulpien, L. 25 pr., D., *De adq. vel om. hered.* (29, 2).

Licet possessori minime adquirat, attamen, si voluntas evidens testatoris appareat, restituendam esse ei hereditatem, c'est-à-dire que l'homme libre que je possède acquiert bien l'hérédité pour lui-même, mais à charge de me la restituer (1). Dans cette même hypothèse, d'autres jurisconsultes allaient plus loin, et leur opinion parait avoir prévalu : *Quod a quibusdam respondetur*, dit Julien, *si liber homo qui bonâ fide mihi serviebat, propter me heres institutus erit, posse eum jussu meo adire hereditatem, potest verum esse ut intelligatur non operâ suâ mihi adquirere, sed ex re meâ* (2). Mais laissons de côté l'hypothèse particulière où il est prouvé que cet homme libre possédé comme esclave n'a été institué que *propter me*. Trebatius était d'avis que, faisant adition par mon ordre, il devient lui-même héritier. Labéon faisait une distinction : suivant lui, l'opinion de Trebatius doit être suivie quand l'homme a voulu faire adition pour devenir héritier ; mais l'adition est nulle quand il l'a faite *ex necessitate*, uniquement pour obéir à l'ordre du possesseur dont lui-même se croit l'esclave (3).

Par cet individu que je possède de bonne foi *ex justâ causâ*, il va sans difficulté que je puis acquérir la possession, comme la propriété, *ex re meâ* ou *ex operis ejus* (4). Il est à remarquer que cet individu, en dehors des deux cas dont il s'agit, ne peut acquérir la possession à personne : *nec vero domino aut sibi adquiret, qui ab alio possidetur* (5).

Entre le *servus alienus* dont j'ai l'usufruit et le *servus alienus* que je possède de bonne foi *ex justâ causâ*, il y a cette différence que je peux usucaper le dernier, tandis que jamais je ne pourrai devenir propriétaire du premier par usucapion. Comme le remarque Gaius, une fois l'usucapion accomplie à mon profit, j'acquerrai par l'esclave *ex omni causâ* (6). Il y a même un cas où, avant d'avoir accompli l'usucapion, je puis ainsi acquérir *ex omni causâ* : c'est le cas où j'ai l'esclave *in bonis*, une autre personne ayant

(1) L. 19, D., *De adq. rer. dom.*
(2) L. 45 § 4, D., *De adq. vel om. hered.*
(3) L. 19 *in fine*, D., *De adq. rer. dom.*
(4) Gaius, II, § 94.
(5) L. 1 § 6, D., *De adq. vel om. poss.*
(6) Gaius, II, § 93.

conservé le *dominium ex jure Quiritium*. Quelques auteurs, dit Gaius, n'admettent même pas que cette personne puisse acquérir ce que l'esclave s'est fait manciper *nomine ejus* (1).

Lorsque je crois avoir la puissance paternelle sur Titius, que je le traite comme mon fils, pourrai-je acquérir par lui, s'il se trouve qu'en réalité il n'est pas soumis à ma puissance, de même que je puis acquérir par celui que je possède comme esclave ? Non : il n'y a pas ici possession de bonne foi, attendu que la possession est l'exercice du droit de propriété et que le père n'a véritablement pas la propriété des enfants soumis à sa puissance. La distinction s'explique, d'ailleurs, par une raison pratique : Relativement à celui que je crois être mon fils, on n'a pas admis, dit Marcien, *quod in homine libero, qui bonâ fide servit, placuit : ibi, propter assiduam et cottidianam comparationem servorum, ità constitui publicè interfuit : nàm frequenter ignorantiâ liberos emimus. Non autem tàm facilis, frequens, adoptio vel adrogatio filiorum est* (2).

6° Persona extranea.

Par un homme libre qui n'est pas soumis à ma puissance et que je ne possède pas de bonne foi comme esclave, par un *servus alienus* sur lequel je n'ai ni droit d'usufruit ni *justa possessio*, je ne puis pas acquérir. Justinien, après avoir posé ce principe, ajoute que cependant, par une personne libre, ainsi par un mandataire, je puis acquérir la possession (3). Cette acquisition de la possession *per extraneam personam* était admise anciennement. Labéon, qui vivait sous Auguste, semble l'admettre, lorsque, supposant que j'ai acheté une quantité de bois ou de vin, il dit : *Nihil interest utrùm mihi, an et cuilibet jusserim, custodia tradatur* (4). Quant à Neratius, qui vivait sous les règnes de Trajan et d'Adrien, dans un texte il l'admet positivement (5), et dans un autre il dit : *Per procurato-*

(1) Comment. II, § 88; Comment. III, § 166.
(2) L. 14 pr., D., *De usurpat.* Voy. aussi Hermogénien, L. 50 pr., D., *De adq. vel am. poss.*
(3) Inst., § 5 *Per quas pers. nob. adq.*
(4) L. 51, D., *De adq. rer. dom.*
(5) L. 13 pr., D., *De adq. rer. dom.*

rem possessionem adipisci nos jam ferè convenit (1). Que veut donc dire Justinien lorsqu'il dit que cette acquisition de la possession *per extraneam personam* a lieu *secundùm divi Severi Constitutionem*, conformément à une Constitution de Septime Sévère ? Sans doute, longtemps avant Septime Sévère, le mandant acquérait la possession par le mandataire ; mais on pourrait croire que cet empereur aurait du moins innové en décidant que la possession est ainsi acquise *mandatori etiam ignoranti*, qu'elle est acquise au mandant à l'instant même où tradition est faite au mandataire, instant que le mandant ne connaît pas d'une manière précise. Même sur ce point secondaire Septime Sévère n'a pas innové. En effet, Neratius dit déjà que la chose vendue et livrée à mon mandataire *adquiritur mihi etiam ignoranti* (2). Et, dans une Constitution des empereurs Sévère et Antonin (peut-être la même qui est mentionnée aux Institutes), nous lisons ceci : *Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem.... tàm ratione utilitatis quàm juris prudentiâ receptum est* (3). De tout cela, je conclus que la Constitution de Sévère est simplement venue consacrer d'une manière définitive une doctrine qui était déjà généralement admise.

Lorsque la tradition, faite *ex justâ causâ* à mon mandataire, lui est faite *a domino*, par une personne ayant pouvoir d'aliéner, au même instant où je deviens possesseur je deviens aussi propriétaire (4) ; si au contraire le *tradens* n'avait pas pouvoir d'aliéner, je ne deviendrai propriétaire qu'au moyen de l'usucapion. Aussi les Institutes, après avoir dit que par un mandataire j'acquiers la possession même à mon insu, ajoutent : *et, per hanc possessionem, etiam dominium, si dominus fuit qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit*. Mais, comme j'acquiers la possession à mon insu, vais-je également à mon insu commencer l'usucapion ? Non : pour commencer l'usucapion, il faut nécessairement que j'aie conscience de ma qualité

(1) L. 41, D., *De usurpat.*
(2) L. 13, D., *De adq. rer. dom.*
(3) L. 1, C., *De adq. et retin. poss.* (7, 32).
(4) Sauf, bien entendu, l'observation de la règle posée au § 41, Inst., *De div. rer.*

de possesseur (1). Pourquoi cela ? Par une raison bien simple. Je ne puis commencer à usucaper qu'autant que je suis de bonne foi ; or je suis de bonne foi quand, possédant une certaine chose, je crois la tenir du véritable propriétaire : cela implique chez moi conscience de la tradition qui a été faite. — On voit que les Romains n'admettaient pas la même doctrine quand j'ai confié un pécule à mon fils ou à mon esclave, et quand j'ai donné mandat à Titius d'acheter et de se faire livrer pour mon compte une certaine chose. Mon fils ou mon esclave recevant une chose *ex peculiari causâ* d'un non-propriétaire, l'usucapion peut commencer et s'accomplir sans que j'aie aucune idée de l'existence de cette chose : c'est que, le pécule formant une sorte de patrimoine pour celui à qui on a permis d'en avoir un, la bonne foi ici est requise, non chez moi, mais chez mon fils ou chez mon esclave.

Neratius dit que le tuteur, comme le mandataire, *emendo nomine pupilli, illi adquirit etiam ignoranti* (2). Mais l'*ignorantia* du pupille peut être bien plus complète que celle du mandant. Le mandant ignore seulement l'instant précis où s'opère l'acquisition ; le pupille peut n'avoir aucune idée de l'acquisition même.

Pour que la possession soit ainsi acquise par le mandataire au mandant, il faut que tous deux le veuillent. Leur intention peut très-bien être de laisser provisoirement la possession et la propriété *apud procuratorem*. C'est ainsi que j'explique ce fragment de Callistrate : *Res mandatu meo empta non priùs mea fiet quàm si mihi tradiderit qui emit* (3).—J'ajoute que, d'après Ulpien, lorsque le mandant veut acquérir lui-même, si de son côté le *tradens* a l'intention de faire acquérir la chose au mandant, il n'y a pas à tenir compte de l'intention contraire, de l'infidélité du mandataire (4).

Le texte des Institutes suppose que la *persona extranea* par qui j'acquiers la possession est un homme libre. Mais ce n'est point là une condition essentielle de l'acquisition dont il s'agit : un esclave

(1) Papinien, L. 49 § 2, D., *De adq. vel am. poss.* Voy. aussi la Constitution, déjà citée, de Sévère et d'Antonin.
(2) L. 13 § 1, D., *De adq. rer. dom.*
(3) L. 59, D., *De adq. rer. dom.*
(4) L. 13, D., *De donat.* (39, 5).

qui n'est pas possédé par son maître ni par un tiers de bonne foi peut, comme un homme libre, m'acquérir la possession. *Servus alienus, sive a me, sive a nemine possideatur, potest mihi adquirere possessionem si nomine meo eam adipiscatur* (1).

(1) Ulpien, L. 34 § 2, D., *De adq. vel am. poss.*

DES TESTAMENTS.

Testamentum, dit Justinien, *ex eo appellatur quod testatio mentis est* (1). Cette étymologie n'est pas sérieuse. Le mot *testamentum* vient bien de *testatio, testari :* le testament implique une déclaration de volonté et la présence de témoins. Mais la désinence *mentum*, qui se rencontre dans un si grand nombre de mots latins, n'a aucun rapport avec le substantif *mens*.

Nous trouvons, dans les textes de droit romain qui nous sont parvenus, deux définitions du testament. Suivant Ulpien, *testamentum est mentis nostræ justa contestatio, in id solemniter facta ut post mortem nostram valeat* (2). De son côté, Modestin s'exprime ainsi : *Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit* (3). Deux idées principales ressortent de l'une et de l'autre définition. D'abord les dispositions testamentaires ne doivent jamais s'exécuter qu'après la mort du testateur. De plus, la déclaration de volonté doit être *justa, solemniter facta*, ce qui montre que le droit civil a réglé les conditions moyennant lesquelles l'acte peut valoir comme testament. Des dispositions de dernière volonté où ne se rencontreraient pas les conditions dont il s'agit pourraient valoir tout au plus comme codicilles. Nous verrons cependant que, même en dehors de ces conditions, un militaire peut laisser un véritable testament ; en outre, il résulte d'une Constitution rendue, en 439, par les empereurs Théodose et Valentinien, qu'un *testamentum imperfectum* vaut, comme testament, *inter liberos defuncti* (4).

Les conditions auxquelles nous venons de faire allusion sont principalement des conditions de forme. Nous avons d'abord à rechercher dans quelle forme doit être fait le testament.

(1) Inst., pr. *De testam. ordin.* (II, 10).
(2) *Fragm.*, XX, § 1.
(3) L. 1, D., *Qui testam. facere poss.* (28, 1).
(4) L. 21 § 1, C., *De testam.* (6, 23).

DES FORMES DU TESTAMENT.

Les formes du testament ont varié aux différentes époques. Nous devons considérer, à cet égard, trois époques principales.

1re *époque*. — Dans le très-ancien droit romain, c'est-à-dire probablement jusqu'à la loi des douze Tables, on testait de deux manières : ou bien *calatis comitiis*, dans des comices qui se réunissaient exprès pour cet objet deux fois par an ; ou bien *in procinctu*, c'est-à-dire en temps de guerre et avant de marcher au combat (1).

2e *époque*. — Un nouveau genre de testament, c'est le testament *per æs et libram*. Gaius en explique ainsi l'origine et le caractère primitif : *Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subitâ morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet* (2). Il y a là un simulacre des comices. Les cinq témoins, citoyens romains et pubères, représentent les cinq classes de Servius Tullius : aussi Festus les appelle-t-il *classici testes* (3).

Le testament *per æs et libram* finit par supplanter le testament *calatis comitiis* et le testament *in procinctu*. Du reste, cette nouvelle forme subit elle-même un changement considérable : *Sanè*, dit Gaius, *nunc aliter ordinatur atque olim solebat : namque olim familiæ emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator quid cuique post mortem suam dari vellet ; nunc verò alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratiâ, propter veteris juris imitationem, familiæ emptor adhibetur* (4). On reconnut sans doute qu'il y avait danger pour le testateur à proclamer d'avance son héritier. En conséquence, l'héritier est désigné dans un écrit qui ne sera ouvert qu'après la mort du testateur. Il existe

(1) Gaius, II, § 101; Inst., § 1 (au commencement) *De testam. ordin.*

(2) Comment. II, § 102.

(3) Cependant, suivant Aulu-Gelle (*Nuits att.*, VII, 13), le mot *classicus* désigne exclusivement le citoyen de la première classe, porté comme ayant au moins 125,000 as de fortune.

(4) Comment. II, § 103.

bien encore un *familiæ emptor;* mais il ne figure plus que *dicis gratiâ*, à peu près comme la pièce de métal et comme la balance. — Ainsi, nous avons des dispositions écrites d'avance, puis une *mancipatio* ou *venditio familiæ*, et enfin une *nuncupatio*, c'est-à-dire une déclaration solennelle par laquelle le testateur, *tabulas testamenti tenens*, confirme ce qu'il y a écrit (1).

Les formes de testament indiquées jusqu'ici appartiennent au droit civil. A côté du testament *per æs et libram*, le Préteur établit une nouvelle manière de tester. Le Préteur n'exige aucune *mancipatio;* mais il veut que sur les *tabulæ testamenti* soient apposés les cachets de sept témoins (2). Cette forme est ancienne : la disposition qui la consacre se transmettait déjà d'Édit en Édit (*tralatitium*) du temps de Cicéron (3).

3[e] *époque*. — Cette 3[e] époque date de Théodose le Jeune. Le droit civil et le droit prétorien commencent à se fondre ensemble, L'empereur décide que le testament sera fait *uno eodemque tempore,* en présence de sept témoins, qui mettront leur signature (*subscriptio*) et apposeront leur cachet. Ce testament est appelé *tripertitum,* comme étant régi par des principes puisés à trois sources, savoir : à l'ancien droit civil, la présence de témoins *uno contextu;* la signature du testateur et des témoins, aux Constitutions impériales ; enfin l'apposition des cachets et le nombre des témoins, au droit prétorien. — L'empereur a prévu le cas où le testateur ne pourrait pas signer : il veut que dans ce cas on appelle un huitième *subscriptor* (4).

Justinien confirme la Constitution de Théodose. Il ajoute seulement que le nom de l'héritier devra être écrit de la main du testateur ou de la main d'un témoin (5). Du reste, il est revenu plus tard sur cette exigence particulière (6).

(1) Voy., pour les détails, Gaius, II, § 104, et les *Fragm. d'Ulpien*, XX, § 9.

(2) Inst., § 2 *De testam. ordin.* Voy. aussi *Fragm. d'Ulpien*, XXVIII, § 6. — Les sept témoins du droit prétorien sont évidemment empruntés au testament *per æs et libram :* ils représentent les cinq témoins, le *familiæ emptor* et le *libripens*.

(3) *Seconde action contre Verrès*, I, 45.

(4) L. 21, C., *De testam.* (6, 23); Inst., § 3 *De testam. ordin.*

(5) Inst., § 4 *eod. Tit.*

(6) Novelle 119, chap. 9.

Nous avons maintenant à exposer d'une manière spéciale les règles relatives aux témoins.

On admettait déjà dans l'ancien droit, et Justinien décide expressément, qu'il n'est pas indispensable que chaque témoin laisse sur le testament l'empreinte d'un cachet distinct : tous peuvent se servir du même cachet (1). — Seulement, chaque témoin, à côté de l'empreinte qu'il marque sur le testament, doit écrire son nom et celui du testateur (2). Il faut avoir bien soin de ne pas confondre cette formalité avec celle de la *subscriptio,* également exigée de chaque témoin : la *subscriptio* se trouve sous l'enveloppe, tandis que le cachet est apposé et le nom du témoin qui l'appose est écrit dessus.

Le principe est que ceux-là peuvent être témoins avec qui le testateur a *factio testamenti,* à qui il pourrait laisser son hérédité. Cependant certaines personnes qui seraient valablement instituées par le testateur ne peuvent pas être témoins. Quelles sont ces personnes ? Une femme, un impubère, un esclave, un homme en démence, un muet, un sourd, celui qui a été interdit, enfin celui *quem leges jubent improbum intestabilemque esse* (3). A quoi se réfèrent ces derniers mots ? Ils se réfèrent d'abord à un cas assez obscur que la loi des douze Tables prévoyait en ces termes : *Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium faciatur, improbus intestabilisque esto* (4). Cela se réfère, de plus, au cas d'un homme condamné pour adultère, pour concussion, *ob carmen famosum.* Les hérétiques sont également incapables d'être témoins. Enfin, d'après une Novelle de Justinien (Novelle 90, ch. 1), on ne doit jamais prendre pour témoins d'un testament que des hommes de bonne réputation, *bonæ opinionis.*

S'il se trouvait que l'un des témoins était incapable, le testament par là même serait-il nécessairement nul ? Oui, en principe. Il faut excepter seulement le cas où ce témoin était universellement considéré comme capable. Il est arrivé plusieurs fois qu'un esclave

(1) Inst., § 5 *De testam. ordin.*

(2) L. 22 § 4 et L. 30, C., *De testam.*

(3) Inst., § 6 *De ordin. testam.* Comp. *Fragm. d'Ulpien,* XX, § 7.

(4) Aulu-Gelle, *Nuits att.*, XV, 13 *in fine.* — Théophile, dans sa *Paraphrase,* semble bien avoir voulu faire allusion à ce cas.

avait figuré au nombre des témoins : le testament a été validé par des Constitutions impériales, *cùm, eo tempore quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberorum loco fuerit, neque quisquam esset qui statûs ei quæstionem movisset* (1). De là le brocard *Error communis facit jus* (2).

Du moment que chaque témoin, considéré individuellement, est capable, il n'y a pas à s'inquiéter de la relation qui peut exister entre les différents témoins ou entre plusieurs de ces témoins. Ainsi on peut très-bien appeler comme témoins à un même testament le père et le fils qu'il a sous sa puissance, des frères soumis à la même puissance : *nihil nocet ex unâ domo plures testes alieno negotio adhiberi* (3).

Mais il peut se faire qu'une personne qui en général est capable de figurer comme témoin dans un testament se trouve incapable de servir de témoin dans un certain testament. En d'autres termes, à côté des incapacités *absolues*, il existe des incapacités relatives. Ainsi, un fils de famille ne doit pas être appelé comme témoin au testament de son père : *reprobatum est in eâ re domesticum testimonium* (4). — Réciproquement, le père pourrait-il être appelé comme témoin au testament du fils qu'il a sous sa puissance? La question ne peut se présenter que dans les cas particuliers où un fils de famille a le droit de tester, ainsi dans le cas où le *filiusfamiliâs* a un pécule castrens. Gaius décide que le père ne peut pas être témoin ; et Justinien, dans ses Institutes, consacre cette décision (5). Marcellus et Ulpien étaient d'un avis contraire (6).

Dans l'ancien droit, le fils soumis à la puissance du *familiæ emptor* ne pouvait pas être témoin. Il devait en être ainsi, on le comprend, à l'époque où le *familiæ emptor* était le véritable hé-

(1) Inst., § 7 *De testam. ordin.* Voy. aussi la fameuse loi *Barbarius Philippus :* L. 3, D., *De off. Prætorum* (1, 14).

(2) Le jurisconsulte Paul disait déjà, dans un cas tout particulier : *Error jus facit.* Voy. L. 3 § 5 *in fine*, D., *De supellect. leg.* (33, 10).

(3) *Fragm. d'Ulpien*, XX, § 6; Inst., § 8 *De testam. ordin.*

(4) Gaius, II, § 105; Inst., § 9 (au commencement) *De testam. ordin.*

(5) Gaius, II, § 106 *in fine;* Inst., § 9 *in fine De testam. ordin.* — Ce qui est vrai du père du testateur est également vrai de son frère qui se trouve avec lui sous la même puissance.

(6) L. 20 § 2, D., *Qui testam. facere poss.* (28, 1).

ritier. Mais la règle fut maintenue, sans bonne raison, même après que le *familiæ emptor* eut cessé d'être l'héritier pour devenir un simple figurant comme les témoins (1); et, au contraire, rien ne s'opposait à ce que le fils soumis à la puissance du véritable héritier figurât parmi les témoins, rien ne s'opposait même à ce que le véritable héritier figurât parmi eux : *filius heredis*, dit Gaius, *adeò testis et libripens adhiberi potest ut ipse quoque heres jure adhibeatur*. Seulement Gaius se hâte d'ajouter que c'est là un droit dont nous ne devons pas faire usage (2). — Justinien décide avec raison que ni l'héritier, ni le fils soumis à sa puissance, ni le père sous la puissance duquel il se trouve, ni les frères soumis à la même puissance que lui, ne peuvent être témoins au testament qui l'institue, *quia totum hoc negotium quod agitur testamenti ordinandi gratiâ creditur hodiè inter testatorem et heredem agi*. Comme il le dit lui-même, il transforme *in legis necessitatem* le conseil que donnait Gaius (3).

Les légataires et les fidéicommissaires, qui ne sont pas *juris successores*, qui ne jouent pas un rôle principal *in ordinatione testamenti*, peuvent figurer comme témoins. Cela était admis dans l'ancien droit, et cela est confirmé par Justinien (4).

Peu importe la matière sur laquelle le testament est écrit. Il peut être écrit sur des tablettes enduites de cire, sur du parchemin, etc. (5).

— Nous verrons bientôt qu'en général un citoyen romain ne peut pas laisser plusieurs testaments valables : le dernier révoque nécessairement le précédent. Mais il est parfaitement permis d'avoir plusieurs exemplaires d'un même testament, et cela peut être utile, ainsi que le remarquent Florentinus et Justinien (6).

En étudiant le droit en vigueur à l'époque des grands juriscon-

(1) Gaius, II, § 105. — De même, en sens inverse, quand le *familiæ emptor* est un fils de famille, son père ne pourrait pas être témoin.
(2) Comment. II, § 108.
(3) Inst., § 10 *De testam. ordin.*
(4) Gaius, II, § 108; Inst., § 11 *De testam. ordin.*
(5) Inst., § 12 *eod. Tit.*
(6) L. 24, D., *Qui test. fac. poss.*; Inst., § 13 *eod. Tit.*

sultes et à l'époque de Justinien, nous avons toujours supposé jusqu'ici des dispositions testamentaires constatées par écrit. Cependant l'écriture n'était point de l'essence du testament. *Licebit testanti*, dit Ulpien, *vel nuncupare heredes vel scribere ; sed, si nuncupat, palàm debet,... ut exaudiri possit a testibus* (1). Cette option laissée au testateur est expressément consacrée dans une Constitution de l'empereur Gordien (2), ainsi que dans une Constitution des empereurs Théodose et Valentinien (3). Enfin Justinien autorise en ces termes l'usage du testament proprement appelé *nuncupatif : Si quis sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis et suâ voluntate coràm eis nuncupatâ, sciat hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum* (4).

DU TESTAMENT MILITAIRE.

Un grand nombre de prérogatives ont été accordées aux militaires en matière de testament. Ce n'est pas ici le lieu de les expliquer toutes en détail. Mais il sera utile d'énoncer dès à présent les cinq principales :

1° Le militaire qui fait son testament est dispensé de l'observation des formalités de droit commun : il suffit que sa volonté soit clairement manifestée. En conséquence, là où un testateur en général doit exhéréder son fils, il suffit au militaire de le passer sous silence (5).

2° Certaines personnes, incapables de droit commun, se trouvent capables de tester, en leur qualité de militaires.

3° Certaines personnes, incapables en général de recevoir *ex testamento*, peuvent recevoir d'un militaire (6).

4° Le testament d'un militaire n'est pas infirmé, ne devient pas *irritum*, dans des cas où le testament d'un *paganus* le serait (7).

(1) L. 21 pr., D., *Qui testam. fac. poss.*
(2) L. 2, C., *De bon. poss. sec. tab.* (6, 11).
(3) L. 21 § 2, C., *De testam.* (6, 23).
(4) Inst., § 14 *De testam. ordin.*
(5) Inst., § 6 *De exhered. liber.* (1, 13).
(6) Gaius, II, §§ 110 et 111.
(7) Ce point sera examiné à propos du § 4, Inst., *Quib. mod. test. infirm.* (II, 17).

5° Le militaire peut avoir à la fois un héritier testamentaire et un héritier *ab intestat*, ce qui n'est pas possible au *paganus*, comme l'indique la règle *Nemo paganus partim testatus partim intestatus decedere potest* (1). Le militaire peut aussi laisser plusieurs testaments qui seront tous exécutés. En un mot, le testament d'un militaire, à la différence du testament d'un *paganus*, ne dispose pas nécessairement de toute l'hérédité.

De ces cinq prérogatives, les deux premières vont nous occuper immédiatement.

Il paraît que c'est Jules César qui le premier a dispensé les militaires de l'observation des formes : *Militibus*, dit Ulpien, *liberam testamenti factionem primus quidem Divus Julius Cæsar concessit; sed ea concessio temporalis erat. Posteà verò primus Divus Titus dedit. Post hoc, Domitianus. Posteà Divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit, eamque et Trajanus secutus est* (2). Ainsi, quand il s'agit de militaires, *quamvis neque legitimum numerum testium adhibuerint neque vendiderint familiam neque nuncupaverint testamentum, rectè nihilominùs testantur* (3). — Les Constitutions impériales ne parlaient que des militaires. Mais il paraît que la prérogative dont il s'agit avait été étendue aux personnes qui, sans être militaires, remplissent des fonctions à l'armée, pour le cas du moins où elles périssent *in hosticolo* (4).

Justinien a confirmé cette prérogative des militaires, mais en y apportant une restriction notable. *Ne quidam putarent*, dit-il, *in omni tempore licere militibus testamenta quoquo modo voluerint componere, sancimus his solis qui in expeditionibus occupati sunt memoratum indulgeri circà ultimas voluntates conficiendas beneficium* (5). Aux Institutes, après avoir indiqué que les militaires testent valablement sans observer les formes, Justinien ajoute : *cùm in expeditionibus occupati sunt, quod meritò nostra Constitutio introduxit* (6).

(1) Voy. § 5, Inst., *De hered. instit.* (II, 14).
(2) L. 1 pr., D., *De testam. mil.* (29, 1).
(3) Gaius, II, § 109.
(4) Ulpien, L. un. pr., D., *De bon. poss. ex test. mil.* (37, 13).
(5) L. 17, C., *De testam. mil.* (6, 21).
(6) Pr. *De milit. testam.* (II, 11).

Cependant on a soutenu que déjà autrefois les militaires n'étaient dispensés de l'observation des formes qu'autant qu'ils testaient dans le cours d'une campagne, et qu'ainsi Justinien avait purement et simplement consacré la règle existante avant lui. En ce sens, on a d'abord invoqué ce passage d'Ulpien : *Id testamentum quod miles contrà juris regulam fecit, ità demùm valet si vel in castris mortuus sit vel post missionem intrà annum* (1). On a prétendu que l'expression *in castris mortuus* désigne un soldat mort dans le cours d'une campagne, et on en a conclu qu'il devait avoir testé précisément pendant cette même campagne. Mais il n'y a rien absolument de cela dans le texte. L'expression *in castris mortuus* veut dire que le testateur est mort étant encore militaire, n'ayant pas encore obtenu son congé, comme le montre manifestement ce qui suit : *vel post missionem intrà annum.* — Dans le même sens, on a encore invoqué deux Lois du Code, mises sous les noms d'Antonin Caracalla et de Constantin (2), Lois dans lesquelles il est dit effectivement que la dispense existe pour le militaire qui teste *in expeditione.* Mais cette mention a dû être ajoutée par les compilateurs du Code, sans quoi les deux Lois dont il s'agit n'auraient pas été d'accord avec la législation justinienne.

Les textes invoqués pour prétendre qu'il n'y a pas eu innovation de la part de Justinien ne sont donc point décisifs. Ce n'est pas tout : à l'appui de l'allégation de Justinien lui-même, *quod meritò nostra Constitutio introduxit*, nous avons des témoignages très-probants. D'abord, quand Gaius recherche si le fils de famille qui teste sur son pécule castrens peut appeler comme témoin son père, Gaius suppose qu'il teste *post missionem* (3) : c'est que, *antè missionem*, tant que le fils est militaire, comme il est dispensé de l'observation des formes, il ne peut pas y avoir question. Dans l'opinion que je repousse, Gaius n'aurait pas dû écrire : *post missionem;* il aurait dû écrire *citrà expeditionem* (4). — Ajoutez que le motif donné

(1) *Fragm.*, XXIII, § 10.
(2) L. 1 et L. 15 *De test. mil.* (6, 21).
(3) Comment. II, § 106 *in fine.*
(4) C'est évidemment par oubli que les rédacteurs des Institutes, en empruntant le texte de Gaius (§ 9 *in fine De testam. ordin.*), ne l'ont pas corrigé en ce sens.

pour justifier la dispense, *propter nimiam imperitiam*, *propter simplicitatem militum* (1), se comprend très-bien, si la dispense existe au profit de tout militaire, tandis qu'il ne se comprend plus si elle existe seulement au profit du militaire *in expeditione occupatus*. Dans ce dernier système, qui est celui de Justinien, le motif ne peut être que le danger incessant auquel sont exposés les militaires, l'impossibilité où ils sont de trouver le temps nécessaire pour accomplir toutes les formes requises (2).

— La prérogative qui nous occupe consiste notamment en ce que le testament du militaire n'a pas besoin d'être fait en présence du nombre de témoins qu'exige le droit commun. Si le testament est écrit, il n'y aura besoin d'aucun témoin. Si le militaire a fait connaître verbalement ses dernières volontés, il suffira qu'une ou deux personnes viennent en porter témoignage (3). — Le militaire n'est pas non plus obligé de faire une institution d'héritier *solemni more* (4) : il peut employer telles paroles que bon lui semble.

Les dernières volontés du militaire n'ont besoin d'être entourées d'aucune forme. Mais il faut qu'il ait réellement eu l'intention de disposer de ses biens : le juge doit donc toujours rechercher avec grand soin s'il a voulu tester ou si au contraire lui-même n'attachait aucune importance aux paroles qu'on invoque aujourd'hui pour réclamer sa succession. Tel est le sens d'un rescrit de l'empereur Trajan, dont le texte, rapporté par Florentinus, se trouve également aux Institutes (5). Dans l'espèce sur laquelle intervint ce rescrit, le militaire avant de mourir avait convoqué des témoins pour déclarer devant eux ses intentions ; mais il n'est même pas indispensable pour la validité du testament militaire qu'il y ait eu ainsi convocation de témoins.

— Pour que le testament puisse valoir sans observation des for-

(1) Gaius, II, § 109. Voy. aussi le texte des *Mandats* impériaux rapporté par Ulpien, L. 1 pr., D., *De test. mil.*

(2) Ici encore les rédacteurs des Institutes ont étourdiment reproduit l'expression de Gaius (pr. *De milit. test.*).

(3) C'est seulement à Constantin que remonte la règle *Testis unus, testis nullus*. Voy. L. 9 § 1, C., *De testibus* (4, 20).

(4) Gaius, II, §§ 116 et 117; *Fragm. d'Ulpien*, XXI.

(5) Florentinus, L. 24, D., *De test. mil.*; Inst., § 1 *De milit. test.*

mes, il faut supposer qu'il est fait par un militaire, et même, dans le droit de Justinien, par un militaire en campagné. Fait par un vétéran (*post missionem*) ou même fait par un militaire *extrà expeditionem*, le testament pour valoir doit être fait *communi omnium civium romanorum jure*. Maintenant on se demande si le testament qui a pu être fait *in expeditione*, *quomodo testator voluit*, va rester valable indéfiniment, ou si au contraire le testateur, rentré dans ses foyers, ne devra pas le recommencer en observant cette fois les formes du droit commun. La règle, à cet égard, est que le testament militaire ne vaut pas au-delà d'un an *post missionem ;* pour qu'il ait effet, il faut que le testateur vienne à mourir étant encore militaire ou au plus tard dans l'année après qu'il a obtenu son congé. Et remarquons qu'il s'agit d'un congé honorable : lorsqu'un officier reçoit un successeur, lorsqu'un soldat est exclu, à l'instant même le testament qu'il a pu faire *quomodo voluit* perd toute espèce de force. — Supposons qu'un militaire, ayant testé *in expeditione* sans observer les formes, meurt *intrà annum post missionem*, mais qu'une condition apposée à l'institution d'héritier ne s'accomplit que plus d'un an *post missionem :* les dispositions contenues dans ce testament devront-elles encore être exécutées ? On pourrait être tenté de dire que l'effet du testament ne doit pas se produire au-delà de l'année *post missionem*. Mais ce ne serait pas se conformer à l'esprit dans lequel a été conçue la règle qui nous occupe. Toute la question est de savoir si le testateur a eu, depuis qu'il est rentré dans la vie civile, assez de temps pour n'avoir pu sans négligence différer la confection d'un nouveau testament ; or, par cela seul qu'il n'a pas eu une année, il n'y a pas de négligence à lui reprocher, et son testament doit être considéré comme valant toujours (1).

Lorsqu'un citoyen romain a fait un testament nul en la forme, si plus tard étant militaire en campagne il manifeste d'une manière

(1) Inst., § 3 *eod. Tit.* — Lorsqu'un militaire a institué pour héritier un homme qu'il ne pouvait instituer que *jure militari*, par exemple un déporté, l'institution s'évanouit également *post annum missionis :* voy. Ulpien, L. 7, D., *De inj. rupto* (28, 3). Mais ceci se rapporte à la troisième des prérogatives que nous avons signalées comme appartenant aux militaires en matière de testament.

quelconque l'intention de donner force à ces dispositions, par exemple en ajoutant ou en supprimant quelque chose, il est clair que le testament d'abord nul vaudra maintenant comme testament militaire, *quasi ex novâ militis voluntate* (1).

DES PERSONNES A QUI IL N'A PAS ÉTÉ PERMIS DE TESTER.

Les termes mêmes dans lesquels est conçue cette rubrique, *Quibus non est permissum facere testamentum* (2), indiquent un principe important du droit romain, à savoir que pour avoir le droit de tester il ne suffit pas d'être propriétaire, mais il faut avoir obtenu du législateur la faculté particulière dont il s'agit (3).

Pour pouvoir tester, il faut avant tout être *paterfamiliâs*. Voici, en conséquence, une série de personnes qui ne peuvent pas tester :

1° L'esclave. Nous savons qu'il y avait seulement exception au profit du *servus publicus populi romani* (4).

2° Le Latin Junien, le déditice, le déporté.

3° Le fils de famille. Même avec la permission de son père, le fils de famille ne peut pas faire un testament (5).

Nous savons déjà que de bonne heure on avait accordé au fils de famille, quand il avait un pécule castrens, le droit de tester sur ce pécule. *Quod quidem jus*, dit Justinien, *initio tantùm militantibus datum est, tàm ex auctoritate Divi Augusti quàm Nervæ nec non optimi imperatoris Trajani ; posteà verò, subscriptione Divi Adriani, etiam dimissis militiâ, id est veteranis concessum est* (6).

Que devient le pécule castrens quand le fils de famille à qui il appartenait est mort sans en avoir disposé? Du temps des jurisconsultes, le père le prenait *jure peculii*, comme il aurait repris les biens

(1) Inst., § 4 *eod. Tit.*

(2) Inst., Liv. II, Tit. XII.

(3) Au contraire, chez nous, la faculté de tester est le droit commun : toutes personnes peuvent disposer par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables (C. Nap., art. 902).

(4) Voy., ci-dessus, p. 229 et 230.

(5) Inst., pr. (au commencement) *Quib. non est perm. fac. test.*

(6) Inst., pr. *eod. Tit.*

composant un pécule profectice (1). Mais Justinien semble bien avoir changé cet état de choses. Voici, en effet, ce qu'il dit à propos des fils de famille qui ont un pécule castrens : *Si intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit* (2). Suivant Théophile, ces mots *jure communi* signifieraient *jure peculii* : Justinien aurait changé l'ancien principe seulement en ceci que les enfants et les frères du *filiusfamiliâs* prédécédé peuvent désormais exclure le père. Il me paraît bien difficile d'entendre ainsi les mots *jure communi* : je suis disposé à croire qu'ils signifient *jure successionis*. Les enfants ou les frères du *filiusfamiliâs* viendraient certainement à titre d'héritiers : à défaut d'enfants et de frères, c'est aussi à titre d'héritier que le père doit venir. Du reste, nous retrouverons la question en traitant des successions *ab intestat*. Constatons seulement dès à présent que ce n'est pas une pure question de mots, qu'elle a une assez grande importance pratique. Si le père arrive *jure successionis*, il peut réclamer en masse, par une action unique (la *petitio hereditatis*), tous les biens laissés par le *filiusfamiliâs* ; si, au contraire, il vient *jure peculii*, il faudra qu'il agisse distinctement *de singulis rebus* (3). S'il y a ici une succession, les créanciers du défunt conservent purement et simplement les actions qu'ils avaient contre lui, ces actions durent vis à vis du père ce qu'elles auraient duré vis à vis du fils ; si, au contraire, il y a un pécule, les créanciers ne peuvent agir contre le père que *de peculio* et seulement pendant l'année qui suit la mort du fils. Enfin, supposons que le *filiusfamiliâs* défunt fût avec son père sous la puissance paternelle de son aïeul : s'il s'agit d'une succession, les *bona castrensia* seront dévolus au père et formeront pour lui un pécule adventice ; si, au contraire, il s'agit d'un pécule, ces mêmes biens seront recueillis directement et en pleine propriété par l'aïeul.

Le fils de famille qui a un pécule quasi-castrens en est propriétaire. Cependant, avant Justinien, il n'avait pas, en principe et d'une manière absolue, le droit de tester sur ce pécule : *quibusdam*

(1) Voy. Ulpien, LL. 1 et 2, D., *De castr. pec.* (49, 17).
(2) Inst., pr. *Quib. non est perm. fac. test.*
(3) L. 56, D., *De rei vindic.*

permissum erat testari. Mais Justinien a fait pour le pécule quasi-castrens ce qui existait déjà pour le castrens : quiconque a un pécule quasi-castrens pourra désormais tester sur ce pécule (1).

— La faculté de tester a dû être refusée aux femmes tant que le testament s'est fait *calatis comitiis* : c'est par la même raison qu'elles ne pouvaient pas être adrogées (2). Même depuis l'introduction du testament *per æs et libram*, en général les femmes ne pouvaient tester *quàm si coemptionem fecissent remancipatæque et manumissæ fuissent*. Cette nécessité d'une *coemptio* fut supprimée par un Sénatusconsulte rendu sur la proposition de l'empereur Adrien (3). Si la femme quoique nubile est en tutelle, elle a toujours besoin pour tester de l'*auctoritas tutoris* (4).

Même parmi les *patresfamiliâs*, quelques-uns ne peuvent pas tester.

Tels sont d'abord les impubères, *quia nullum eorum animi judicium est*, et les *furiosi, quia mente carent*. Le testament fait par un impubère ou par un *furiosus* est comme non avenu, et, en conséquence, il ne deviendrait pas valable parce que le testateur serait mort étant pubère ou ayant recouvré la raison. Du reste, le testament fait par un *furiosus* est tenu pour bon s'il est prouvé qu'il a été fait dans un intervalle lucide, *per id tempus quo furor intermissus est* ; et, à plus forte raison, le testament fait par un homme sain d'esprit reste valable si plus tard le testateur devient *furiosus* (5).

D'après quelle règle se détermine le point de savoir si, au moment où il a testé, Titius était déjà pubère ou encore impubère ? On calcule ici comme en matière d'usucapion (6). C'est ce que dit Ulpien : un homme né le 1er janvier, faisant son testament quatorze ans après, dans la nuit qui sépare le 31 décembre du

(1) Justinien, L. 37, C., *De inoffic. test.* (3, 28) ; Inst., § 6 *De milit. test.*, et pr. *in fine Quib. non est perm. fac. test.*

(2) Voy., ci-dessus, p. 299.

(3) Gaius, I, § 115 *a*.

(4) Gaius, II, §§ 112 et 113.

(5) Inst., § 1 *Quib. non est perm. fac. test.*

(6) Voy., ci-dessus, p. 563 et 564.

1[er] janvier, pourvu que ce soit après minuit, teste valablement (1).

— Le prodigue interdit est également incapable de tester. Pourquoi ? Cela tient uniquement à la forme employée : *quoniam commercio illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest* (2). — Il va de soi que le testament fait par un homme qui est ensuite interdit comme prodigue reste valable (3).

— Dans l'ancien droit, ni le muet ni le sourd ne pouvaient tester (4). Pourquoi ? *Mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest ; surdus, quoniam verba familiæ emptoris exaudire non potest* (5). Justinien a modifié cette règle. D'après sa Constitution, mentionnée aux Institutes, il n'y a plus que le sourd-muet de naissance qui, d'une manière absolue, soit incapable de tester : celui qui est simplement muet, et celui qui est devenu sourd et muet par accident, peuvent tester s'ils savent écrire ; quant à celui qui est simplement sourd, il peut toujours tester (6).

Déjà dans l'ancien droit, le militaire devenu sourd ou muet pouvait néanmoins tester (7).

— Dans l'ancien droit, l'aveugle était considéré comme capable de tester : *Cæcus*, dit Paul, *testamentum potest facere, quia accire potest adhibitos testes, et audire sibi testimonium perhibentes* (8). L'empereur Justin, par une Constitution à laquelle renvoie le texte des Institutes, a décidé que le testament de l'aveugle devrait être écrit sous sa dictée par un *tabularius ;* ou bien, s'il était déjà écrit, qu'il devrait être relu par un *tabularius* au testateur et aux sept témoins (9).

(1) L. 5, D., *Qui testam. fac. poss.* (28, 1).

(2) *Fragm. d'Ulpien*, XX, § 13 *in fine*.—Le prodigue interdit ne peut pas non plus être témoin dans un testament : voy. Ulpien, L. 18 pr., D., *Qui test. fac. poss.*

(3) Inst., § 2 *Quib. non est perm. fac. test.*

(4) A moins qu'ils n'en eussent obtenu de l'Empereur la permission : voy. Æmilius Macer, L. 7, D., *Qui test. fac. poss.*

(5) *Fragm. d'Ulpien*, XX, § 13.

(6) L. 10, C., *Qui test. facere poss.* (6, 22); Inst., § 3 *Quib. non est perm. fac. test.*

(7) Ulpien, L. 4, D., *De test. mil.*; Inst., § 2 *De milit. test.*

(8) *Sentences*, III, IV *a*, § 4.

(9) L. 8, C., *Qui test. fac. poss.* (6, 22); Inst., § 4 *Quib. non est perm. fac. test.*

— Il est de principe que, pour tester valablement, il faut connaître son état, savoir qu'on a le droit de tester. Comme le dit Ulpien, *qui de statu suo incertus est, quòd patre peregrè mortuo ignorat se sui juris esse, testamentum facere non potest* (1). Cette règle ne s'applique pas au militaire qui, ayant des *bona castrensia*, peut tester avant comme après la mort de son père (2).

— Le citoyen romain qui a été fait prisonnier par l'ennemi ne peut pas tester tant qu'il est retenu *apud hostes*. Et même le testament qu'il aurait ainsi fait en captivité ne deviendrait pas valable par son retour à Rome. En effet, le *jus postliminii* nous rend la position juridique que nous avions au moment où nous avons été pris par l'ennemi, sans que cette position ait pu se modifier en rien par notre activité propre, par des actes que nous aurions personnellement accomplis dans l'intervalle. En d'autres termes, la confection d'un testament, c'est un fait; or, le *jus postliminii* n'a pas de prise sur les faits : il les laisse ce qu'ils sont réellement. Ainsi, par l'effet du *postliminium*, le testament fait *antè captivitatem* se trouve être resté valable, comme si le testateur, au lieu d'avoir été retenu chez l'ennemi, avait dormi tout le temps qu'a duré sa captivité ; mais, malgré le *postliminium*, le testament fait *in captivitate* reste nul (3).

DES PERSONNES QUE LE TESTATEUR DOIT INSTITUER OU EXHÉRÉDER.

Pour qu'un testament soit valable, il ne suffit pas toujours d'observer les formes qui ont été indiquées. Un testament peut être radicalement nul, faute par le testateur d'avoir institué ou exhérédé certaines personnes.

Sur cette matière importante nous étudierons successivement : 1° les règles du droit civil, 2° celles du droit prétorien, 3° celles du droit de Justinien.

(1) *Fragm.*, XX, § 11.
(2) Ulpien, L. 11 § 1, D., *De test. mil.*
(3) Inst., § 5 *Quib. non est perm. fac. test.*

1° *Règles du droit civil.*

C'est très-probablement aux jurisconsultes qu'est due l'introduction de cette règle que le testateur, s'il ne veut pas instituer héritier le fils qu'il a sous sa puissance, doit tout au moins prendre la peine de l'exhéréder. La règle dont il s'agit se rattache étroitement à cette autre idée qu'à la mort du père les enfants conservent en quelque sorte une propriété qu'ils avaient déjà, plutôt qu'ils ne recueillent véritablement une hérédité. Dans Térence, un père dit, en parlant de son fils : *Meus particeps*. Et le jurisconsulte Paul s'exprime ainsi : *Etiam vivo patre, quodammodo domini existimantur.... Post mortem patris, non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hâc ex causâ, licet non sint heredes instituti, domini sunt ; nec obstat quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat* (1). — A quelle époque s'est établie cette nécessité pour le testateur d'instituer ou d'exhéréder son enfant? On a voulu conclure d'un passage de Cicéron que de son temps elle était encore discutée (2). Mais Aquilius Gallus, qui fut préteur avec Cicéron l'an 687 de la fondation de Rome, considère évidemment comme constante, comme définitivement établie, la nécessité dont il s'agit : car il en tire une espèce de corollaire (3). Je tiens, en effet, pour certain que le principe ne faisait plus de doute à l'époque de Cicéron. La cause qu'il raconte et qu'il dit avoir été portée devant le tribunal des centumvirs y avait été portée longtemps avant lui.

Trois cas doivent être étudiés séparément : 1° le cas où le testateur, au moment même où il fait son testament, a la puissance pa-

(1) L. 11, D., *De liber. et post.* (28, 2). Voy. aussi Gaius, II, § 157, et Inst., § 2 *De hered. qualit. et differ.* (II, 19).

(2) *Quæ potuit esse causa major quàm illius militis de cujus morte cùm domum falsus ab exercitu nuncius venisset, et pater ejus, re creditâ, testamentum mutâsset et quem ei visum esset fecisset heredem, essetque ipse mortuus? Res delata est ad Centumviros, cùm miles domum revenisset, egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius. Nempè in eâ causâ quæsitum est de jure civili, posset-ne paternorum bonorum exheres esse filius quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim* (*De oratore*, I, 38).

(3) L. 29 pr., D., *De lib. et post.*

ternelle sur un ou plusieurs enfants ; 2° le cas où, après la confection du testament, il lui survient un *postumus suus* : 3° le cas de survenance d'un quasi-posthume.

1. Lorsque le testateur a un fils sous sa puissance, il doit l'instituer héritier, ou l'exhéréder nominativement : faute de quoi son testament est nul. *Ex suis heredibus, filius quidem, neque heres institutus neque nominatim exheredatus, non patitur valere testamentum* (1).

Le testament où le fils est ainsi omis ne se trouvera-t-il pas validé si le fils vient à mourir avant le testateur? Il serait assez raisonnable de l'admettre : car la nécessité imposée au testateur d'instituer ou d'exhéréder nominativement son fils lui est imposée uniquement dans l'intérêt du fils. Telle était aussi l'opinion des Proculiens ; mais les Sabiniens soutenaient la doctrine contraire, *scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio* (2). Le jurisconsulte Paul admet la doctrine rigoureuse des Sabiniens, et il ajoute qu'elle est suivie dans la pratique (3). C'est aussi celle que Justinien a consacrée dans ses Institutes (4).

Lorsque le testateur veut exhéréder son fils, il doit l'exhéréder nominativement. L'exhérédation nominative est opposée à l'exhérédation *inter cœteros*, dont nous parlerons plus loin. Elle est ainsi conçue : *Titius filius meus exheres esto ;* ou, si le testateur n'a qu'un fils : *Filius meus exheres esto* (5).

L'institution ou l'exhérédation du fils doit être pure et simple : si elle était conditionnelle, la condition venant à défaillir, le fils se trouverait n'avoir été ni institué ni exhérédé. — Mais le testateur a pu dire : « J'institue mon fils si tel événement arrive ; et si l'événement n'arrive pas, je l'exhérède. » Le testateur n'est-il pas ici parfaitement en règle? Le testament ne vaudra-t-il pas, quoi qu'il arrive? Non. Supposez que le fils, ayant survécu au testateur, vienne ensuite à mourir *pendente adhùc conditione* : il se trouve alors

(1) *Fragm. d'Ulpien*, XXII, § 16. Voy. aussi Gaius, II, § 123 (au commencement).
(2) Gaius, II, § 123.
(3) L. 7, D., *De lib. et post.*
(4) Pr. *De exhered. liber.* (II, 13).
(5) Gaius, II, § 127; Inst., pr. *in fine De exhered. lib.*

que de son vivant il n'a été ni institué ni exhérédé. Donc le testament est nul (1). — La règle que l'exhérédation du fils doit être pure et simple ne souffre aucune exception (2). Mais on avait admis que le fils peut valablement être institué sous condition, pourvu qu'il s'agisse d'une condition potestative pour le fils, d'une condition *quæ in arbitrio filii sit;* et alors, si le fils n'accomplit pas la condition, le testament n'en est pas moins valable (3). Nous verrons plus tard ce qu'il faudrait décider si cette condition potestative pour le fils était en même temps illicite.

— Supposons, maintenant, que le testateur a sous sa puissance paternelle des personnes autres qu'un fils. Ainsi, il a une fille, ou bien sa femme, étant *in manu*, est pour lui *loco filiæ;* il a des petits-enfants nés d'un fils prédécédé, ou bien sa bru, ayant passé sous la *manus* de son fils, est pour lui *loco neptis* (4). Le testateur doit-il instituer ou exhéréder ces différents *sui?* Il le doit. Seulement, s'il les a omis, le testament ne sera pas nul comme en cas d'omission du fils : la sanction ici est moins énergique. *Valet testamentum; sed præteritæ istæ personæ scriptis heredibus in partem adcrescunt : si sui instituti sint, in virilem; si extranei, in dimidiam* (5). Justinien, prévoyant le même cas, dit aussi : *Testamentum quidem non infirmabatur, jus autem adcrescendi eis ad certam portionem præstabatur* (6). Comment peut s'expliquer en cette matière l'emploi des mots *jus accrescendi?* Il s'explique parce qu'on accroît fictivement le nombre des héritiers institués : les Romains n'admettant pas en général qu'il puisse y avoir concours, relativement à une même succession, d'héritiers testamentaires et d'héritiers *ab intestat*, on considère fictivement les *sui* omis comme ayant été institués. La conséquence est que, comme les véritables institués, ils contribueront au paiement des legs (7).

(1) Tryphoninus, L. 28 pr., D., *De lib. et post.*
(2) Ulpien, L. 3 § 1 *eod. Tit.*
(3) Ulpien, L. 4 pr., D., *De hered. inst.* (28, 5); Marcianus, L. 86 *eod. Tit.*
(4) *Fragm. d'Ulpien*, XXII, § 14.
(5) Gaius, II, § 124.
(6) Inst., pr. *De exhered. lib.*
(7) *Filia præterita*, dit Justinien, *jus accrescendi ex jure vetere accipiebat, ut eodem momento et testamentum patris quodam modo ex parte jure accrescendi*

Le testateur ayant institué un *suus* ou des *sui* et ayant omis plusieurs *sui*, que donnerons-nous à ces derniers? Une part virile, dit Gaius. Mais est-ce une part virile à eux tous, ou une part virile à chacun d'eux? Par exemple, le testateur avait deux fils et deux filles; il a institué les deux fils et omis les deux filles : il s'agit de savoir si nous donnerons à celles-ci un tiers, ou si au contraire nous leur donnerons la moitié. Je suis disposé à croire qu'elles ont droit à la moitié, qu'elles doivent être traitées comme elles le seraient *ab intestat*. Dans le § 124 de Gaius, qui est en partie illisible, certains mots paraissent se référer à cette idée.

Que décider si le testateur a institué à la fois des *sui* et des *extranei?* Par exemple, il avait deux fils et une fille; il a institué ses deux fils et deux *extranei*, il a omis sa fille. Le cas est prévu par Paul; mais la solution qu'il donne est inintelligible : *filia suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.* Pris à la lettre, cela signifie que la fille retire, à elle seule, 7/12 de la succession, ce qui est absurde. Du reste, le problème me paraît insoluble : car la part de la fille doit être à la fois égale à celle de chacun des fils et double de celle de chacun des *extranei;* or, les deux fils et les deux *extranei*, nous le supposons, ont été institués tous quatre *ex æquis partibus*. A mon sens, ce qu'il y a de mieux à faire, c'est de lui donner la moyenne entre ce qu'elle aurait si les quatre institués étaient *sui* (un cinquième) et ce qu'elle aurait s'ils étaient tous quatre *extranei* (la moitié) : je lui donnerais donc les sept vingtièmes de la succession.

Lorsque le testateur veut exhéréder les *sui* autres que le fils, il n'est pas tenu, comme quand il s'agit du fils, de faire une exhérédation nominative, il peut les exhéréder *inter cæteros* (1). Ainsi, un homme qui a sous sa puissance un fils, des filles et des petits-enfants nés d'un fils prédécédé, s'il veut laisser toute sa fortune à son fils, peut dire : *Filius meus heres esto; cæteri exheredes sunto.*

En somme, nous trouvons donc deux différences entre le fils et les autres *sui :* 1° L'omission du fils rend le testament nul, *injustum*, tandis que l'omission des autres *sui* leur donne seulement le

everteret, et ipsa quasi scripta legatis supponeretur. Voy. L. 4, C., *De lib. prœter.* (6, 28).

(1) *Fragm. d'Ulpien*, XXII § 20.

jus adcrescendi, le droit de concourir avec les institués; 2° le fils doit être exhérédé nominativement, tandis que les autres *sui* peuvent être exhérédés *inter cæteros*.

— Auguste avait défendu que le fils de famille militaire pût être exhérédé. Mais cette défense ne fut pas maintenue pendant longtemps (1).

II. Nous avons maintenant à parler du *postumus suus*. Nous supposons un enfant qui naît *sui juris* après la mort du testateur, et qui, déjà venu au monde lors de la confection du testament, aurait été à cette époque sous la puissance immédiate du testateur.

Eux aussi, les *postumi sui* doivent être institués ou exhérédés. En cas d'omission, le testament a bien été valable dans le principe, mais il est ensuite infirmé par la survenance de l'enfant posthume, *agnatione postumi vel postumæ*. Cela étant, si la femme du testateur, enceinte au moment de la confection du testament, a fait ensuite une fausse couche, *abortum fecerit*, le testament reste valable (2). Il faut qu'elle n'accouche pas d'un enfant vivant : chez les Romains, l'*agnatio* d'un enfant vivant, quoique non viable, emportait rupture du testament (3). — Il est à remarquer que Cicéron dit déjà : *Constat agnascendo rumpi testamentum* (4).

A l'origine, les *postumi sui* dont nous venons de parler ne pouvaient être ni institués ni exhérédés : on considérait l'institution et l'exhérédation comme ne pouvant s'appliquer qu'à des personnes vivantes au moment de la confection du testament. Alors le testateur qui savait sa femme enceinte n'avait aucun moyen d'empêcher que son testament ne fût rompu *agnatione postumi*. Pourtant le droit civil finit par considérer *pro jàm natis* les *postumi sui* (5), et par permettre en conséquence au testateur de les instituer ou de les exhéréder. Nous aurons à parler d'autres posthumes : ceux dont il s'agit ici pourraient être appelés *postumi legitimi*.

(1) Paul, L. 26, D., *De lib. et post.*

(2) Inst., § 1 (au commencement) *De exhered. lib.*

(3) Voy. notamment Ulpien, L. 12 § 1 *De lib. et post.* Comp. M. de Savigny, *System*, t. II, append. III, et M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. I, § 32.

(4) *De oratore*, I, 57.

(5) Expression employée par Gaius, I, § 147, et par Justinien, Inst., § 4 *De tutel.* Voy., ci-dessus, p. 333 et 334.

Le posthume dont nous venons de parler et dont s'était occupé l'ancien droit civil est celui qui, en le supposant né lors de la confection du testament, se serait trouvé sous la puissance immédiate du testateur. D'autres, qui naissent également après la mort du testateur et qui rompraient le testament, n'auraient cependant pas été sous la puissance immédiate du testateur *cùm ordinaretur testamentum*. On les appelle *posthumes Aquiliens*, parce que, suivant une formule donnée par Aquilius Gallus, le testateur a pu les instituer aussi bien que les anciens posthumes ou *postumi legitimi*. Voici cette formule : *Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quæ neptis post mortem meam, in decem mensibus proximis quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto* (1).

Le *postumus suus*, comme le fils déjà existant lors de la confection du testament, doit, en principe, être institué purement et simplement. Toutefois on admet que l'institution conditionnelle prévient la rupture, pourvu que la condition se trouve accomplie lors de la naissance du posthume (2).

Le testateur qui veut exhéréder un posthume, quelle forme doit-il employer? Cela dépend du sexe (non du degré) de ce posthume : telle est du moins la doctrine qui a prévalu. Suivant Ulpien, le *filius postumus* doit être exhérédé nominativement; une posthume, fille ou petite-fille, peut être exhérédée *nominatim* ou *inter cæteros, dummodò inter cæteros exheredatæ aliquid legetur*, et il en est de même pour le *nepos postumus*. Mais, relativement à ce *nepos postumus*, Ulpien ajoute : *Tutius est tamen eum nominatim exheredare, et id observatur magis* (3). Et Justinien dit, en termes absolus : *Masculos postumos, id est filium et deinceps, placuit non aliter rectè exheredari nisi nominatim exheredentur, hoc scilicet modo* : QUICUMQUE MIHI FILIUS GENITUS FUERIT, EXHERES ESTO (4).

III. La loi Junia Velleia, rendue l'an 763 de la fondation de Rome, vint reconnaître deux nouvelles classes de posthumes siens, c'est-à-dire de personnes qui ne sont pas sous la puissance immé-

(1) Scévola, L. 29 pr. et § 1, D., *De lib. et post.*
(2) Terentius Clemens, L. 22, D., *De lib. et post.*
(3) *Fragm.*, XXII, §§ 21 et 22.
(4) Inst., § 1 *in fine De exhered. lib.*

diate du testateur au moment où il teste, mais que le testateur peut et doit instituer ou exhéréder pour prévenir la rupture de son testament.

Dans un premier chapitre, la loi Junia Velleia s'occupe d'enfants qui sont simplement conçus lors de la confection du testament, qui s'ils étaient nés se trouveraient à ce moment sous la puissance immédiate du testateur, et qui naissent *vivente adhùc testatore*. Ulpien compare ainsi ces enfants et les *postumi sui* proprement dits : *Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes : si quidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili ; si verò viventibus nobis, ex lege Juniâ* (1). — On comprend que l'ancien droit civil ne se fût pas occupé de ces enfants qui naissent et viennent rompre le testament *vivente adhùc testatore :* la rupture n'est pas ici irrémédiable comme quand elle se produit *mortuo jam testatore :* le testateur ici pourra, en général, refaire son testament. Cependant le législateur a vu là une lacune, et la loi Junia Velleia est venue la combler. Nous appellerons *posthumes Velléiens* ces enfants qui, simplement conçus lors de la confection du testament, naissent ensuite du vivant du testateur.

Le deuxième chapitre de la loi Junia Velleia suppose que le testateur a sous sa puissance un fils Primus et un petit-enfant né de Primus. Le petit-enfant, précédé par son père, n'est pas pour le moment *suus heres* vis à vis du testateur. Mais, si, du vivant du testateur, Primus vient à mourir ou à sortir autrement de la famille, le petit-enfant prend sa place, monte à son degré, *in ejus locum succedit, jura suorum heredum quasi adgnatione nanciscitur;* et, en conséquence, le testament se trouve rompu. C'est pour prévenir cette rupture que la loi Junia Velleia recommande et permet au testateur d'instituer ou d'exhéréder, non pas seulement son fils Primus, mais également l'enfant de Primus (2). — On comprend bien que le testateur ait eu besoin d'une permission spéciale de la loi pour pouvoir exhéréder son petit-enfant : car, en général, celui-là seul peut être exhérédé qui est actuellement *suus*

(1) *Fragm.*, XXII, § 19.
(2) Inst., § 2 *De exhered. lib.*

heres. Mais le testateur ne pouvait-il pas, même avant la loi Junia Velleia, instituer son petit-enfant, quoique précédé dans la famille par son père Primus? Il le pouvait sans doute; mais l'institution dont il s'agit n'aurait pas empêché le testament d'être rompu par la *quasi adgnatio* de ce petit-enfant. On aurait dit subtilement : « Le petit-enfant a bien été institué, mais non pas l'*heres suus* : à la mort de Primus, surgit un *heres suus* qui, comme tel, n'a été ni institué ni exhérédé : donc le testament doit être rompu » (1). Ainsi la loi Junia Velleia n'est pas venue permettre au testateur d'instituer son petit-enfant; mais elle est venue donner à l'institution ainsi faite une efficacité que jusqu'alors on ne lui reconnaissait point. C'est ce que Scévola exprime très-bien, en disant : *Posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi* (2). — Ce petit-enfant, que nous appelons le *quasi-posthume*, en quelle forme doit-il être exhérédé? La loi Junia Velleia portait que le petit-fils devrait être exhérédé *nominatim*, et que la petite-fille pourrait être exhérédée *inter cæteros*, pourvu qu'alors on lui léguât quelque chose (3).

2° *Règles du droit prétorien.*

Le testateur qui a un fils sous sa puissance doit, en droit prétorien comme en droit civil, l'instituer ou l'exhéréder nominativement. Le fils omis, ou même exhérédé *inter cæteros*, obtiendrait du Préteur une *bonorum possessio*, soit la *bonorum possessio contrà tabulas*, si le testament a été fait dans la forme prétorienne, s'il porte l'empreinte du cachet des sept témoins, soit la *bonorum pos-*

(1) Voy. Gaius, II, §§ 138 et suiv.

(2) L. 29 § 15, D., *De lib. et post.* — Il s'agit dans ce § 15, de ce qu'on appelle le *posthume Julien*. Le testateur a un fils Primus, et la femme de Primus est enceinte; le testateur institue le *nepos nondùm natus;* celui-ci vient au monde, puis Primus meurt, le testateur étant toujours vivant : *Juliano videtur, duobus quasi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta*.

(3) C'est ce que Justinien indique quand il dit que dans la loi Junia Velleia *exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur :* voy. § 2 *in fine De exhered. lib.* Voy. aussi un passage de Gaius très-incomplet dans le manuscrit de Vérone, le § 134 du Comment. II.

sessio undè liberi, si l'on n'a pas observé cette forme, si par exemple il s'agit d'un testament purement nuncupatif (1).

Qu'arriverait-il en cas d'omission d'une fille, ou d'un petit-enfant *per virilem sexum* non précédé par son père ? Il y a une distinction à faire. Originairement la fille ou le petit-enfant omis pouvait, dans tous les cas, attaquer le testament et le faire tomber, au moyen de la *bonorum possessio contrà tabulas*. Mais ce système a été modifié par l'empereur Antonin le Pieux. Comme le dit Gaius, *efficeretur sanè per hanc bonorum possessionem ut nihil inter feminas et masculos interesset ; sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto suo non plus nancisci feminas per bonorum possessionem quàm quod jure adcrescendi consequerentur* (2). — Ainsi, en définitive, le *nepos* est traité comme le *filius*. Le testateur ayant omis son petit-fils et ayant institué un *extraneus*, le petit-fils enlèvera toute la succession à l'*extraneus*. Au contraire, si c'est une fille ou une petite-fille qui a été omise, depuis le rescrit d'Antonin, elle ne peut enlever à l'*extraneus* que la moitié de la succession.

Lorsqu'un *postumus suus* a été omis, le Préteur lui permet de demander la *bonorum possessio contrà tabulas* ou la *bonorum possessio undè liberi,* suivant la distinction qui a déjà été faite.

Pour le cas d'institution conditionnelle, nous trouvons dans le droit prétorien une disposition remarquable. L'enfant institué sous condition peut, après la mort du testateur, demander la *bonorum possessio secundùm tabulas*, quoique la condition soit encore pendante ; et c'est seulement après que la condition sera défaillie qu'il obtiendra tout ce que lui donnerait la *bonorum possessio contrà tabulas* (3).

— Jusqu'ici nous avons vu le droit prétorien marcher à peu près d'accord avec le droit civil. Il reste à signaler trois différences considérables :

1° En droit civil, les petits-fils que le testateur a sous sa puissance immédiate au moment où il fait son testament, comme les

(1) Je reviendrai plus loin sur cette distinction.

(2) Comment. II, § 126.

(3) Ulpien, L. 3 §§ 12-14, D., *De bon. poss. contrà tab.* (37, 4). Pour comprendre l'intérêt de la décision, il suffit de supposer que l'enfant a été institué, non pas seul, *ex asse*, mais avec un *extraneus*.

filles et les petites-filles, peuvent être exhérédés *inter cæteros;* en droit prétorien, les petits-fils, comme les fils, ne peuvent être exhérédés que *nominatim* (1).

2° En droit civil, d'après l'opinion des Sabiniens qui a prévalu, le testament où le fils a été omis reste nul lors même que ce fils viendrait à mourir avant le testateur. Au contraire, pour faire tomber le testament, le Préteur exige que l'enfant omis survive au testateur, et même qu'il se plaigne d'avoir été omis. Ulpien pose très-bien le principe, lorsqu'il dit : « Le Préteur a suivi un ordre équitable en matière de *bonorum possessio*. Avant tout, la *bonorum possessio contrà tabulas* est donnée aux enfants; à défaut d'enfant qui la demande, on exécute les volontés du testateur. *Expectandi igitur liberi erunt, quamdiu bonorum possessionem petere possunt. Quod si tempus fuerit finitum, aut antè decesserint, vel jus petendæ bonorum possessionis amiserint, tunc revertetur bonorum possessio ad scriptos* » (2). Papinien dit, de même, que, si le *filius præteritus* s'abstient des biens paternels, on devra, *ex bono et æquo, licet subtilitas juris refragari videtur*, exécuter les volontés du testateur (3).

3° En droit civil, le testateur est tenu d'instituer ou d'exhéréder seulement les enfants ou petits-enfants qu'il a encore sous sa puissance. Au contraire, le Préteur lui impose cette obligation même à l'égard des enfants ou petits-enfants qui ne sont point sous sa puissance, pourvu qu'ils ne soient pas dans une autre famille. Cela comprend d'abord ceux qu'il a émancipés (4). Cela comprend aussi ceux qu'il avait donnés en adoption, lorsqu'ils ont ensuite été émancipés par le père adoptif (5). Mais arrêtons-nous un instant sur la condition des enfants ainsi donnés en adoption.

Je suppose, en me plaçant à une époque antérieure aux réformes de Justinien, qu'ayant sous ma puissance un enfant issu de

(1) Gaius, II, § 129. La règle prétorienne est également indiquée, aux Institutes, § 3 *De exhered. lib.*

(2) L. 2 pr., D., *De bon. poss. secundùm tab.* (37, 11).

(3) L. 17, D., *De inj. rupto* (28, 3). Voy., dans le même sens, Julien, L. 2 *Si tabulæ testam.* (38, 6); et Ulpien, L. 12 pr. *De inj. rupto.*

(4) Inst., § 3 *De exhered. lib.* Voy. aussi Gaius, II, § 126 *in fine.*

(5) Inst., § 4 *De exhered. lib.*

mon mariage je l'ai donné en adoption à Titius. Quand Titius fera son testament, il devra instituer ou exhéréder cet enfant qui est tombé sous sa puissance : faute de quoi, en droit civil, le testament sera *injustum*, et, en droit prétorien, l'enfant omis pourra obtenir, suivant les cas, la *bonorum possessio contrà tabulas* ou *undè liberi* (1). Que si Titius émancipe l'enfant qu'il avait adopté, alors il pourra valablement tester sans prendre la peine de l'instituer ni de l'exhéréder : l'émancipation détruisant toute espèce de lien entre l'adoptant et l'adopté, ni en droit civil ni en droit prétorien, celui-ci ne peut se plaindre d'avoir été omis. Voilà pour le testament du père adoptif : *quid* en ce qui concerne le testament du père naturel ? Tant que l'enfant est *in adoptivâ familiâ*, le père naturel peut, sans compromettre aucunement le sort de son testament, l'omettre dans ce testament. Et remarquez bien que ces mots *in adoptivâ familiâ* ne sont point synonymes des mots *in potestate patris adoptivi :* ainsi, l'enfant étant devenu *sui juris* par la mort du père adoptif, le père naturel n'est point tenu de l'instituer ou de l'exhéréder. Si au contraire l'enfant était sorti de la famille adoptive, alors ce serait comme si son père naturel l'avait émancipé, et, par conséquent, aux yeux du droit prétorien, le père naturel devrait avoir soin de ne pas l'omettre dans son testament.

Voici encore d'autres cas dans lesquels le testateur, pour être en règle avec le droit prétorien, doit instituer ou exhéréder des descendants qu'il n'a point sous sa puissance : Le testateur a été émancipé par son père ; il avait des enfants, qui ont été retenus sous la puissance de leur aïeul : il doit avoir soin d'instituer ou d'exhéréder ces enfants. — Le testateur a été, avec ses propres enfants, sous la puissance de son père ; ses enfants ont été émancipés par leur aïeul : il doit avoir soin de les instituer ou de les exhéréder. — Enfin, le testateur avait autrefois émancipé son fils ; celui-ci s'est marié, il a eu des enfants, puis il est mort : le testateur doit instituer ou exhéréder ces petits-enfants, qui ne sont pas et qui n'ont jamais été sous sa puissance, puisque nous les supposons conçus depuis l'émancipation de leur père.

(1) Ulpien (*Fragm.*, XXVIII, § 3) parle seulement de *bonorum possessio contrà tabulas* : c'est qu'il suppose que Titius a testé dans la forme prétorienne.

Du moment que l'enfant ou petit-enfant qui doit être institué ou exhérédé a effectivement été institué, fût-ce pour une part excessivement minime, il ne peut pas obtenir la *bonorum possessio contrà tabulas*. Mais, bien entendu, il profiterait de celle que demanderait un autre descendant, si un autre descendant avait été omis. Il faut aller plus loin. Si par exemple le testateur, ayant deux enfants émancipés, Primus et Secundus, a institué Primus pour 1/20 et omis Secundus, il faut dire que Primus peut prendre les devants et demander lui-même la *bonorum possessio* ouverte du chef de Secundus. Le jurisconsulte Ulpien n'hésite pas à l'admettre : *Hi qui propter alios contrà tabulas bonorum possessionem petunt, non expectant ut præteriti bonorum possessionem accipiant; verùm ipsi quoque bonorum possessionem petere contrà tabulas possunt : cùm enim semel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admissi, jàm non curant petant illi nec ne bonorum possessionem* (1).

— Un homme avait sous sa puissance un fils, Primus, et un petit-fils, né de Primus; il a émancipé son fils et retenu son petit-fils. Aujourd'hui il fait son testament dans lequel il passe sous silence et son fils et son petit-fils. A qui donnerons-nous la succession? En droit civil, elle appartient au petit-fils; en droit prétorien, il semble que le fils devrait exclure le petit-fils. En définitive, le Préteur admet ici une sorte de transaction : il donne moitié au fils et moitié au petit-fils. *Filio emancipato*, dit Paul, *si nepos retentus sit, et utrique præteriti, utrique accipient bonòrum possessionem* (2).

— Un enfant émancipé peut, au moyen de la *bonorum possessio contrà tabulas*, venir concourir avec un *suus*, avec un enfant resté sous la puissance du testateur. Mais l'équité veut qu'alors l'émancipé commence par verser dans la masse à partager les biens qu'il a pu gagner depuis qu'il est *sui juris* : en effet, tandis qu'il gagnait

(1) L. 10 § 6, D., *De bon. poss. contrà tab.* Voy. aussi L. 3 § 11 *eod. Tit.* — Une question analogue se présente chez nous sur l'art. 1098 du Code Napoléon. Un homme qui a trois enfants d'un premier lit et trois d'un second a donné à son second conjoint un quart de ses biens : si les enfants du premier lit font réduire cette libéralité, ceux du second en profiteront certainement; mais ceux du second ne peuvent-ils pas demander eux-mêmes la réduction?

(2) L. 6 § 3, D., *De bon. poss. contrà tab.* Voy., au Digeste, le Titre *De conjung. cum emancip. liberis* (37, 8).

ces biens, toutes les acquisitions faites par le *suus* allaient grossir le patrimoine du père commun. L'émancipé doit faire ce rapport, toutes les fois du moins que sa présence nuit au *suus,* toutes les fois qu'il diminue ce qui revenait à celui-ci *jure civili*. *Toties collationi locus est*, dit Ulpien, *quoties aliquo incommodo affectus est is qui in potestate est, interventu emancipati : cœterùm, si non est, collatio cessabit* (1). Exemple. Le testateur avait un fils sous sa puissance, Primus, et un fils émancipé, Secundus; il a institué Primus pour un tiers ou pour un quart, et il a omis Secundus : les deux frères obtenant chacun moitié au moyen de la *bonorum possessio*, Secundus ne devra point le rapport à Primus (2).

3° *Droit de Justinien.*

Justinien a modifié, à trois points de vue, les règles qui viennent d'être exposées :

1° Le testateur qui veut exhéréder son enfant ou son petit-enfant, doit toujours, sans distinction, l'exhéréder nominativement. L'exhérédation *inter cæteros* n'est plus admise comme suffisante dans aucun cas (3).

2° L'omission d'un enfant ou d'un petit-enfant *per virilem sexum,* quel que soit son sexe et quel que soit son degré, du moment qu'il avait droit de venir *ab intestat*, emporte toujours nullité ou rupture du testament. Il n'est plus question du *jus adcrescendi ad certam portionem* qui pouvait appartenir aux filles et aux petits-enfants (4).

3° Enfin, si le testateur a donné son enfant en adoption, à moins que ce ne soit à un ascendant de cet enfant, le testateur reste obligé de l'instituer ou de l'exhéréder. Et en ce qui concerne l'adoptant, toujours à moins qu'il ne soit un ascendant de l'adopté, il n'est point tenu d'instituer ou d'exhéréder l'adopté : en effet, le principe est que l'adopté n'acquiert que des droits *ab intestat* à la succession de l'adoptant (5).

(1) L. 1 § 5, D., *De collat. bon.* (37, 6).
(2) Même L. 1, § 4.
(3) L. 4, C., *De liber. præter.* (6, 28); Inst § 5 *De exhered. lib.*
(4) *Ibid.*
(5) Voy., ci-dessus, p. 297.

Il y a des personnes, même dans le droit de Justinien, qui n'ont pas besoin d'exhéréder leurs enfants, des personnes auxquelles il suffit d'omettre l'enfant qu'elles veulent exclure de leur succession. Supposons d'abord que c'est un militaire qui fait son testament. Nous devons appliquer ici la règle que le militaire est dispensé de l'observation des formes du droit commun, que ses volontés sont exécutées de quelque manière qu'il les ait exprimées. En conséquence, si le militaire, sachant très-bien qu'il a un enfant, l'omet dans son testament, sa volonté de l'exclure étant par là clairement manifestée, le testament vaudra : *Silentium militis pro exheredatione nominatim factâ valere Constitutionibus Principum cautum est.* Dans le droit de Justinien, il n'en est plus ainsi qu'autant que le militaire a testé *in expeditione*, dans le cours d'une campagne (1).

Lorsqu'une femme vient à mourir, ses enfants et ses petits-enfants peuvent venir *ab intestat* à sa succession. De même, lorsqu'un homme vient à mourir laissant des petits-enfants nés d'une fille prédécédée, ils pourront venir *ab intestat* à sa succession. Si la personne dont nous parlons, c'est-à-dire la mère ou l'ascendant maternel, a fait un testament, a-t-elle dû instituer ou exhéréder les enfants ou petits-enfants qui viendraient ainsi *ab intestat* à sa succession? Non : *Silentium matris, aut avi materni et cæterorum per matrem ascendentium, tantum facit quantum exheredatio patris.* Ainsi, de même que le Préteur ne donne pas la *bonorum possessio contrà tabulas* à l'enfant exhérédé dans le testament de son père ou de son aïeul paternel, de même il ne la donne pas à l'enfant omis dans le testament de sa mère ou de son aïeul maternel. — Est-ce à dire que l'enfant ainsi omis n'aura jamais aucune ressource, ne pourra jamais élever aucune réclamation? Nullement. Quand un enfant est exhérédé nominativement dans le testament de son père, cet enfant ne peut pas dire que le testament est *injustum*, il ne peut pas obtenir la *bonorum possessio contrà tabulas*; mais, s'il prouve qu'il a été exhérédé *sine justâ causâ* et, par conséquent, *contrà officium pietatis*, il fera tomber le testament comme inofficieux ; de même ici l'enfant omis dans le testament maternel,

(1) Inst., § 6 *De exhered. lib.*

s'il peut prouver qu'il a été omis injustement, fera rescinder ce testament au moyen de la *querela inofficiosi testamenti*. C'est précisément ce que Justinien veut dire lorsque, après avoir indiqué que les enfants ou petits-enfants n'ont pas besoin d'être exhérédés nominativement *in testamento matris vel avi materni*, il ajoute : *Sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulò post vobis manifestum fiet* (1).

DE L'INSTITUTION D'HÉRITIER.

L'institution d'héritier est la partie essentielle du testament. Il ne peut pas y avoir testament là où il n'y a pas une institution, et réciproquement il peut très-bien se faire qu'un testament ne contienne rien autre chose qu'une institution d'héritier. Comme le dit Gaius, *testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio* (2).

Dans l'ancien droit, l'institution d'héritier ne pouvait être faite que dans une certaine forme : « *Antè omnia*, dit Gaius, *requirendum est an institutio heredis solemni more facta sit : nàm, aliter factâ institutione, nihil proficit familiam testatoris ità venire, testesve ità adhiberi, aut nuncupari testamentum, ut suprà diximus. — Solemnis autem institutio hæc est :* TITIUS HERES ESTO. *Sed et illa jam comprobata videtur :* TITIUM HEREDEM ESSE JUBEO. *At illa non est comprobata :* TITIUM HEREDEM ESSE VOLO. *Sed et illæ a plerisque improbatæ sunt* : HEREDEM INSTITUO ; *item* HEREDEM FACIO (3). — En 339, l'empereur Constantin II a supprimé la nécessité d'une forme solennelle : « *Indignum est*, dit-il, *ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum... Quibuslibet confecta sententiis, vel quolibet loquendi genere formata, institutio valeat* (4).

Sur cette matière importante de l'institution d'héritier, nous

(1) Inst., § 7 *De exhered. lib.* Voy. aussi le *princ.* du Titre *De inoffic. testam.* (II, 18).

(2) Comment. II, § 229.

(3) Comment. II, §§ 116 et 117; comp. *Fragm. d'Ulpien*, XXI. Voy. aussi Ulpien, L. 1 §§ 5-7, et Marcien, L. 48 pr., D., *De hered. instit.* (28, 5).

(4) L. 15, C., *De testam.* (6, 23).

recherchérons successivement : 1° qui peut être institué ; 2° comment se distribue l'hérédité entre plusieurs institués ; 3° quelles modalités peuvent être apposées à l'institution.

1° *Qui peut être institué héritier.*

Heredes institui possunt, dit Ulpien, *qui testamenti factionem cum testatore habent* (1). De même que les jurisconsultes romains disent qu'il y a *connubium* entre telle et telle personnes, pour exprimer qu'elles peuvent se marier l'une avec l'autre, de même ils disent qu'il y a *factio testamenti* entre deux personnes, ou que telle personne a *factio testamenti* avec telle autre, pour exprimer que l'une peut dans son testament instituer l'autre pour héritière. Les interprètes ont distingué ce qu'ils appellent la *factio testamenti* ACTIVE, le droit de tester, le droit d'instituer un héritier, et ce qu'ils appellent la *factio testamenti* PASSIVE, le droit d'être institué héritier : effectivement, certaines personnes ont celle-ci sans avoir celle-là(2). On dira, par exemple, qu'un impubère a la *factio testamenti*, parce qu'il peut être institué héritier comme un pubère, bien qu'il ne puisse pas tester : l'expression alors est prise dans un sens absolu. Mais, encore une fois, elle est prise habituellement dans un sens relatif, pour exprimer que Titius et Mævius peuvent l'un l'autre s'instituer héritier. On dirait également qu'il y a *commercium* entre Titius et Mævius, pour exprimer que chacun d'eux peut acquérir de l'autre au moyen d'une *mancipatio* (3).

Si nous recherchons quelles personnes ne peuvent pas être instituées, n'ont pas la *factio testamenti* passive, nous trouvons :

1° Les *peregrini* : par conséquent, les déportés et les déditices (4).

2° Les personnes incertaines, celles dont le testateur ne peut pas avoir une idée précise. Si, par exemple, il avait institué la première personne qui se présentera pour assister à ses funérailles, l'institution serait nulle, *quoniam certum consilium debet esse tes-*

(1) *Fragm.*, XXII, § 1.
(2) Inst., § 4 *in fine De hered. qualit. et differ.* (II, 19).
(3) *Fragm. d'Ulpien*, XIX, §§ 4 et 5.
(4) *Fragm. d'Ulpien*, XXII, § 2.

tantis (1). — Par application de cette règle, en général il n'est pas permis d'instituer un *postumus*, c'est-à-dire un individu qui est simplement conçu, qui n'est pas né lors de la confection du testament ; seulement, nous savons déjà que de bonne heure on avait fait exception en ce qui concerne le *postumus suus* (2). — Une personne que nous n'avons jamais vue n'est point pour nous par cela même une *persona incerta* : nous pouvons donc très-valablement l'instituer. Justinien a pris la peine de le dire : *Ii quos nunquàm testator vidit*, *heredes institui possunt*, *veluti si fratris filios peregrè natos*, *ignorans qui essent*, *heredes instituerit : ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit* (3). — Du reste, Justinien a permis d'instituer même une *incerta persona* (4).

3° Les municipes. « *Nec municipia nec municipes*, dit Ulpien, *heredes institui possunt*, *quoniam incertum corpus est*, *et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt*, *ut heredes fiant. Senatusconsulto tamen concessum est ut a libertis suis heredes institui possint* (5). Mais, d'après une Constitution de Léon, rendue en 469, il a été permis, d'une manière générale, d'instituer les villes (6).

4° Les Dieux, c'est-à-dire les temples, sauf les exceptions établies par un Sénatusconsulte ou par une Constitution impériale, exceptions qu'Ulpien nous fait connaître (7). — En 321, Constantin permit d'instituer les églises (8) ; et Justinien, supposant le cas où un testateur aurait institué pour héritier N.-S. Jésus-Christ, un saint, etc., détermina quelle église pourrait recueillir le bénéfice de l'institution (9).

5° Les femmes, dans un certain cas. *Mulier ab eo qui centum millia æris census est*, *per legem Voconiam*, *heres institui non po-*

(1) *Ibid.*, § 4.
(2) Gaius, II, § 242.
(3) Inst., § 12 *De hered. instit.* (II, 14).
(4) Inst., §§ 25 et 27 *De leg.* (II, 20).
(5) *Fragm. d'Ulpien*, XXII, § 5.
(6) L. 12, C., *De hered. instit.* (6, 24).
(7) *Fragm.*, XXII, § 6.
(8) L. 1, C., *De sacrosanct. eccles.* (I, 2).
(9) L. 26 *eod. Tit.*

test (1). Cette loi Voconia est un plébiscite qui fut rendu, l'an 585 de la fondation de Rome, à l'instigation du vieux Caton. « J'avais soixante-cinq ans, lui fait dire Cicéron, *cùm legem Voconiam voce magnâ et bonis lateribus suasi* » (2). — Quel était le but de cette loi? Il paraît que son but était surtout d'empêcher les femmes d'acquérir, en même temps que des fortunes considérables, une grande indépendance et même peut-être une certaine autorité (3). — Pour que la femme ne puisse pas être instituée, il faut que le testateur soit porté sur les registres du cens comme ayant une fortune d'au moins cent mille as, ou, en d'autres termes, qu'il soit compris dans la première des cinq classes de Servius Tullius. Du reste, peu importe que la femme soit instituée seule ou avec d'autres : fût-elle instituée avec d'autres, cela est nul, parce qu'on peut craindre que, les autres institués venant à faire défaut, la femme ne recueille toute la fortune. — Il semble résulter d'un passage d'Aulu-Gelle (*Nuits attiques*, XX, 1) que, de son temps, c'est-à-dire vers l'époque de Marc-Aurèle, la loi Voconia était tombée en désuétude, et on a soutenu, en effet, qu'elle avait dû être abrogée par la loi Julia et Papia Poppæa. Mais cela est difficile à concilier avec la manière dont s'exprime Gaius (4).

6° La veuve qui n'a pas observé l'an de deuil (5).

7° Un enfant incestueux ne peut pas être institué héritier par ses père et mère, et réciproquement ceux-ci ne peuvent pas être institués par lui (6). — La personne qui se remarie ayant des enfants d'un premier lit, ne peut instituer que pour une faible part son deuxième conjoint; et de même la personne qui a un ou plusieurs descendants légitimes ne peut instituer que pour une faible part son enfant naturel (7).

(1) Gaius, II, § 274.

(2) *De senectute*, 5.

(3) Cicéron dit, à propos de la loi Voconia : *Quæ quidem ipsa lex, utilitatis virorum gratiâ rogata, in mulieres plena est injuriæ...* (*De republ.*, III, 7). La suite de ce passage est fort obscure; il paraît en résulter que la loi ne s'appliquait pas aux successions *ab intestat*.

(4) Sur la loi Voconia, voy. notamment M. de Savigny, *Vermischte Schriften*, t. I, p. 407.

(5) L. 1, C., *De sec. nupt.* (5, 9).

(6) Arcadius et Honorius, L. 6, C., *De incestis* (5, 5).

(7) Justinien, Novelle 89, ch. 12.

De la *factio testamenti* passive il faut bien distinguer le *jus capiendi*. Certaines personnes peuvent être valablement instituées ; mais elles ne pourront pas recueillir la succession, à moins que leur position ne change. Nous savons déjà que tel est le cas du Latin Junien et du *cœlebs*. *Latinus Junianus*, dit Ulpien, *si quidem mortis testatoris tempore vel intrà diem cretionis* (1) *civis romanus sit*, *heres esse potest ; quòd si Latinus manserit, lege Juniâ capere hereditatem prohibetur. Idem juris est in personâ cœlibis, propter legem Juliam* (2). Ainsi, lorsqu'un testateur institue une personne qui n'a pas la *factio testamenti*, on peut dire immédiatement que l'institution est nulle, et qu'elle restera sans effet quoi qu'il arrive ; au contraire, lorsqu'il institue une personne à qui manque seulement le *jus capiendi*, il est impossible de savoir dès à présent si l'institution aura ou non son effet. — Quelquefois le *jus capiendi* n'existe que pour partie. Tel est le cas de l'*orbus*, c'est-à-dire de la personne qui est mariée, mais qui n'a pas d'enfants. *Orbi, per legem Papiam, ob id quod liberos non habent*, *dimidias partes hereditatum perdunt* (3). Du reste, quand la succession est insolvable, l'*orbus* institué pour le tout peut recueillir le tout (4).

Il y a certains cas exceptionnels où le *jus capiendi* est conservé au *cœlebs :* ainsi le cas où il s'agit d'un impubère, peut-être même d'un mineur de 25 ans ou d'une mineure de 20 ans : à une personne si jeune le célibat ne peut pas être imputé à faute (5) ; de même, le cas où il s'agit d'une personne parente ou alliée du testateur jusqu'au 6e et même jusqu'au 7e degré (6).

Lorsqu'un institué ne peut pas recueillir ce que le testateur lui avait laissé, ou du moins ne peut pas le recueillir pour la totalité, qui est-ce qui en profite ? La règle est que la part caduque peut

(1) *Intra diem cretionis :* dans le délai que le testateur laisse à l'institué pour accepter solennellement la succession. Il paraît que ce délai était habituellement de cent jours (Gaius, II, § 170).

(2) *Fragm. d'Ulpien*, XXII, § 3.

(3) Gaius, II, § 286.

(4) Terentius Clemens, L. 72, D., *De hered. inst.* (28, 5).

(5) Il est à remarquer qu'Ulpien présente l'âge de 20 ou de 25 ans comme étant seulement celui à partir duquel *lex liberos exigit* (*Fragm* , XVI, § 1) : il n'est donc pas impossible que la loi exigeât le mariage plus tôt.

(6) *Fragm. du Vatican*, §§ 214 et suiv.

être revendiquée par les institués *patres*, et, à leur défaut, par l'*ærarium*.

Le système des lois caducaires, qui frappe les *cælibes* et les *orbi* a été abrogé par les fils de Constantin, en 339 (1).

Après ces notions générales, dont nous trouverons bientôt des applications importantes, attachons-nous spécialement aux points traités dans les Institutes de Justinien.

Le testateur peut instituer un esclave. Nous supposerons successivement qu'il a institué un esclave dont il est plein propriétaire, — un esclave dont il est nu-propriétaire, — un esclave dont il est co-propriétaire par indivis, — enfin un esclave qui appartient à autrui.

I. J'institue l'esclave dont je suis plein propriétaire. Dans l'ancien droit, cette institution n'était valable qu'autant qu'elle était accompagnée d'un affranchissement. *Noster servus*, dit Gaius, *simul et liber et heres esse juberi debet, id est hoc modo :* STICHUS SERVUS MEUS LIBER HERESQUE ESTO, *vel* HERES LIBERQUE ESTO. *Nàm, si sine libertate heres institutus sit, etiamsi posteà manumissus fuerit a domino, heres esse non potest, quia institutio in personâ ejus non constitit ; ideòque, licet alienatus sit, non potest jussu domini cernere hereditatem* (2). Mais nous savons déjà que Justinien a corrigé cette rigueur de l'ancien droit, et qu'il considère le testateur comme affranchissant son esclave par cela seul qu'il l'institue (3). L'empereur prétend, du reste, que c'était déjà l'opinion du jurisconsulte Atilicinus (4).

Que l'affranchissement soit exprès ou tacite, il est toujours la condition indispensable de la validité de l'institution : là où l'esclave ne peut pas recevoir la liberté, c'est inutilement que son maître l'institue héritier. Une Constitution des empereurs Sévère et Antonin, citée par Justinien, avait fait à un cas particulier l'ap-

(1) L. 1, C., *De infirm. pœn. cælib.* (8, 58).

(2) Comment. II, §§ 186 et 187.

(3) Voy., ci-dessus, p. 246.

(4) *Hodiè, etiam sine libertate ex nostrâ Constitutione, heredes servos instituere permissum est. Quod non per innovationem induximus, sed quoniam æquius erat, et Atilicino placuisse Paulus suis libris... refert :* Inst., pr. (2e alinéa) *De hered. instit.* La Constitution mentionnée par Justinien forme la L. 5, C., *De necess. hered.* (6, 27).

plication de cette idée bien simple : *Servum adulterio maculatum non jure testamento manumissum antè sententiam ab eâ muliere videri quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est : quare sequitur ut in eumdem a dominâ collata institutio nullius momenti habeatur* (1).

Lorsqu'un esclave a été valablement institué dans le testament de son maître, plusieurs cas peuvent se présenter. Supposons d'abord que l'esclave reste dans la même condition jusqu'à la mort du testateur : à l'instant même de cette mort, il se trouvera libre et héritier nécessaire. Maintenant, supposons que le testateur lui a donné la liberté entre-vifs : l'institution subsiste ; seulement, l'homme, ne recevant pas *ex testamento* et l'hérédité et la liberté, n'est plus un *heres necessarius :* il fera adition de l'hérédité, si bon lui semble. Supposons enfin que le testateur avant de mourir l'a aliéné : ici encore l'institution subsiste, mais le don exprès ou tacite de la liberté se trouve révoqué : l'esclave pourra faire adition sur l'ordre de son nouveau maître (2).

Le testateur peut affranchir et instituer son esclave sous une condition. S'il l'avait affranchi sous condition et institué purement, on attendrait, pour déférer l'hérédité, que la condition mise à l'affranchissement fût accomplie ou défaillie : par la force même des choses, la condition mise à l'affranchissement est réputée mise aussi à l'institution. Est-ce à dire que le résultat sera toujours le même, soit que la condition ait été apposée expressément à l'affranchissement et à l'institution, soit qu'elle ait été apposée seulement à l'affranchissement ? Non : dans le premier cas, si le testateur aliène ou affranchit l'esclave entre-vifs, l'institution subsiste comme institution conditionnelle ; au contraire dans le deuxième, l'aliénation ou l'affranchissement entre-vifs révoque l'affranchissement testamentaire avec la condition qui s'y trouvait apposée, et l'institution subsiste comme institution pure et simple (3). — A l'inverse, le testateur peut affranchir son esclave purement et l'instituer sous condition. Alors, dit Pomponius, *utrumque ex con-*

(1) Inst., pr. (3e alinéa) *De hered. instit.* Voy., ci-dessus, p. 219.

(2) Inst., § 1 *De hered. instit.*

(3) Julien, L. 38 §§ 2 et 3, D., *De hered. instit.* (28, 5).

ditione pendet, c'est-à-dire que, si à la mort du testateur la condition mise à l'institution est encore pendante, l'esclave pour le moment n'aura ni la liberté ni l'hérédité. Si ensuite la condition se réalise, *liber heresque erit ;* si au contraire elle vient à défaillir, il obtiendra sa liberté, mais non l'hérédité (1).

II. Le testateur institue un esclave dont il a seulement la nue-propriété. Il ne peut pas le rendre libre, tant que l'usufruit doit durer : comme le dit Ulpien, *servus in quo alterius est ususfructus, alterius proprietas, a proprietatis domino manumissus liber non fit, sed servus sine domino est* (2). L'institution faite par le nu-propriétaire devait donc être nulle, sauf sans doute le cas où elle aurait été faite sous condition. Dans le droit de Justinien, l'esclave affranchi par le nu-propriétaire devient libre *salvo jure fructuarii.* Il peut donc être institué par ce nu-propriétaire, et il sera son *heres necessarius : Proprius servus*, dit Justinien, *etiam is intelligitur in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente* (3).

III. Le testateur institue un esclave dont il est co-propriétaire par indivis. Dans l'ancien droit, l'institution était valable, sans distinguer si elle était ou non accompagnée du don exprès de la liberté : *Communis servus,* dit Ulpien, *cum libertate rectè quidem heres instituitur, quasi proprius pro parte nostrâ ; sine libertate autem, quasi alienus, propter socii partem* (4). S'il est institué *cum libertate*, cet esclave, à la mort du testateur, appartiendra exclusivement au co-propriétaire *jure accrescendi* (5), et ce co-propriétaire acquerra également l'hérédité. Si l'esclave est institué *sine libertate* et institué seul, le résultat sera le même ; si au contraire il est institué *sine libertate*, mais avec un autre, le co-propriétaire du testateur n'aura ni la totalité de l'esclave ni la totalité de l'hérédité. — Dans le droit de Justinien, si l'esclave commun a été institué *cum libertate*, il deviendra libre et héritier nécessaire du testateur. Que s'il a été institué *sine libertate*, il est possible que l'inten-

(1) Pomponius, L. 21 § 1, et Julien, L. 22, D., *De hered. instit.*

(2) *Fragm.* I, § 19.

(3) Inst., pr. (2ᵉ alinéa) *De hered. instit.* Voy. aussi L. 1, C., *Communia de manum.* (7, 15).

(4) *Fragm.*, XXII, § 10.

(5) Voy., ci-dessus, p. 582.

tion du testateur ait été de faire parvenir son hérédité à son copropriétaire ; mais, dans le doute, on présumera plutôt qu'ici encore il a voulu donner la liberté à l'esclave et l'avoir pour héritier nécessaire.

IV. Enfin le testateur a institué pour héritier un *servus alienus*, un esclave appartenant à autrui. *Alienos servos*, dit Ulpien, *heredes instituere possumus, eos tantùm quorum cum dominis testamenti factionem habemus* (1).— Dans ce cas rentre même l'hypothèse particulière où le testateur aurait l'usufruit de l'esclave : *Alienus servus*, dit Justinien, *etiam is intelligitur in quo usumfructum testator habet* (2).

Quel résultat peut avoir l'institution ainsi faite d'un *servus alienus ?* Si l'esclave reste dans la même position jusqu'à la mort du testateur, il pourra faire adition par l'ordre de son maître. S'il est aliéné du vivant du testateur ou tout au moins avant d'avoir fait adition, c'est à son nouveau maître qu'il appartiendra de lui donner le *jussus adeundi*. De même, s'il est affranchi du vivant du testateur ou tout au moins avant d'avoir fait adition, il dépendra de lui-même d'accepter ou de répudier l'hérédité (3). — Qu'arriverait-il si le testateur, avant de mourir, devenait lui-même propriétaire du *servus alienus* qu'il a institué? L'institution s'évanouirait. En effet, d'une part, l'esclave n'a plus un maître *ex personâ cujus institutio consistere possit*, à qui il puisse acquérir l'hérédité. D'autre part, il ne pourra pas l'acquérir pour lui-même, en qualité d'héritier nécessaire : car, pour pouvoir obtenir la liberté directe *ex testamento* et, par conséquent, pour pouvoir être héritier nécessaire, il faut avoir appartenu au testateur, non-seulement au jour de sa mort, mais même au jour où le testament a été fait (4). L'institution s'évanouira donc, lors même que le testateur, en instituant le *servus alienus*, lui aurait donné la liberté. C'est ce que remarque très-bien le jurisconsulte Florentinus : *Si alienum servum liberum et heredem esse jussi, et is posteà meus effectus est, neutrum valet, quia libertas alieno servo inutiliter data est* (5).

(1) *Fragm.*, XXII, § 9.
(2) Inst., pr. *in fine De hered. instit.*
(3) Inst., § 1 *in fine eod. Tit.*
(4) *Fragm. d'Ulpien*, I, § 23.
(5) L. 49 pr., D., *De hered. instit.*

Il va sans difficulté qu'on peut instituer l'esclave commun à plusieurs maîtres, lorsqu'on a la *factio testamenti* avec ses maîtres. Si cet esclave reste *in eâdem causâ*, il pourra faire adition par l'ordre de ses maîtres et acquérir ainsi l'hérédité à chacun d'eux *pro portione dominii* (1).

Peut-on instituer un *servus hereditarius*, un esclave compris dans une hérédité jacente ? Oui, pourvu qu'on eût *factio testamenti* avec le défunt. *Servus alienus*, dit Justinien, *post domini mortem rectè heres instituitur, quia et cum hereditariis servis est testamenti factio : nondùm enim adita hereditas personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti, cùm etiam ejus qui in utero est servus rectè heres instituitur* (2). Nous voyons encore dans d'autres textes que l'hérédité jacente représente le défunt (3). Y a-t-il donc un véritable intérêt pratique à considérer le *servus hereditarius* comme appartenant encore au défunt, et non pas comme appartenant déjà à l'héritier futur, à celui qui recueillera plus tard l'hérédité ? Oui. Voici plusieurs cas dans lesquels l'intérêt se manifeste :

1° Titius est mort, laissant son hérédité à un enfant simplement conçu, qui était pour lui un *postumus suus* et qui est pour moi un *postumus alienus*. Aujourd'hui cet enfant est encore *in utero*, et je fais mon testament : puis-je instituer un esclave qui appartenait à Titius, qui fait partie de sa succession ? Oui, pourvu que j'eusse *factio testamenti* avec Titius, puisque Titius est censé avoir encore la propriété des choses héréditaires ; au contraire je ne le pourrais pas si ces choses étaient considérées comme appartenant à l'héritier de Titius, puisque cet héritier est pour moi un *postumus alienus*. C'est précisément à ce cas que se rapportent les derniers mots du texte de Justinien : *ejus qui in utero est servus rectè heres instituitur*.

2° Un militaire est mort instituant pour héritier un *peregrinus*, ce qu'il a très-bien pu faire (4). Aujourd'hui la succession de ce militaire est encore jacente : moi, qui ne suis pas militaire, puis-je instituer un esclave qui en fait partie ? Oui, pourvu que j'eusse *factio testamenti* avec le militaire défunt.

(1) Inst., § 3 *De hered. instit.*
(2) Inst., § 2 *eod. Tit.*
(3) Inst., pr. *De stipulat. serv.* (III, 17).
(4) Gaius, II, § 110.

3° Un homme qui n'était pas porté sur les tables du cens comme ayant 100,000 as, qui ne figurait pas dans la première des cinq classes de Servius Tullius, a laissé son hérédité à une femme. Aujourd'hui cette hérédité est *nondùm adita :* moi, qui ai 100,000 as ou plus, je puis néanmoins instituer un *servus hereditarius :* il n'appartient pas encore à la femme *heres futura,* et, par conséquent, la loi Voconia n'est pas applicable.

Remarquez bien, du reste, à propos des deux derniers cas, qu'au moment où l'esclave viendra faire adition de mon hérédité, il faudra qu'il ait cessé d'appartenir au *peregrinus* ou à la femme : car la *factio testamenti* doit exister, au moment de l'adition, entre le *de cujus* et celui qui recueille l'hérédité (1).

2° *Distribution de l'hérédité entre plusieurs institués.*

Le testateur peut instituer un seul héritier ; il peut en instituer deux ; il peut en instituer autant que bon lui semble (2).

Quand le testateur institue plusieurs héritiers, peut-être viendront-ils tous pour parts égales, peut-être y aura-t-il inégalité entre eux. Parlons d'abord de l'institution faite *ex certâ re,* pour une chose déterminée. Si le testateur n'avait institué qu'un seul héritier, et qu'il l'eût institué ainsi, *ex certâ re*, on effacerait la mention de la *certa res,* et l'institué prendrait toute la succession (3). Mais que décider quand il y a plusieurs institués ? Deux cas doivent être distingués :

1° Le testateur a institué chacun pour un certain objet. Il a voulu indiquer lui-même ce qu'aurait à faire après sa mort le juge de l'action *familiæ erciscundæ :* chaque héritier prendra donc l'objet qui lui a été assigné. Quant aux dettes, le testateur ne s'en est pas occupé : elles se divisent également entre les différents héritiers (4).

2° Le testateur a institué des héritiers sans assigner les choses

(1) Inst., § 4 *De heredum qualit. et differ.* (II, 19).

(2) Inst., § 4 *De hered. instit.*

(3) Papinien, L. 41 § 8 *in fine*, D., *De vulg. et pup. subst.* (28, 6).
Il n'en est pas de même lorsqu'un tuteur a été donné par testament *certæ rei vel causæ* : alors, dit Pomponius, *tota datio nihil valet.* Voy. L. 13, D., *De testam. tut.* (26, 2), et, ci-dessus, p. 344 et 345.

(4) Ulpien, L. 35, D., *De hered. instit.*

qu'il entend leur laisser, et il en a institué d'autres *ex certis rebus*. Ceux-ci doivent d'abord être considérés comme *sine parte scripti*; mais, en définitive, chacun obtient seulement la chose qui lui a été assignée, attendu qu'il doit restituer toute sa part héréditaire et recevoir comme fidéicommis particulier la chose dont il s'agit. Justinien, pour réaliser plus complétement la volonté du testateur, décide (1) que, dès le principe, avant qu'aucune restitution *ex fideicommisso* n'ait encore été faite, les actions existant contre le défunt et à son profit doivent rester absolument étrangères aux héritiers *scripti ex certâ re* (2).

— Si de plusieurs institués quelqu'un vient à manquer, parce qu'il ne peut ou ne veut recueillir sa part, les parts des autres sont augmentées d'autant: il y a là ce qu'on appelle le *jus accrescendi* (3). Ce droit d'accroissement a presque entièrement disparu sous l'empire des lois caducaires; il a été à peu près remplacé par le *jus caduca vindicandi*. C'est un point que nous développerons plus particulièrement en étudiant la matière des *substitutions*.

Les Romains avaient l'habitude de diviser l'hérédité en douzièmes : le testateur, instituant plusieurs héritiers, pouvait donner à celui-ci un douzième, à celui-là deux douzièmes, à un autre trois, etc.

L'hérédité entière, l'unité, s'appelle *as* : dire qu'un héritier est institué *ex asse*, c'est dire qu'il est appelé à la totalité de la succession. Chaque douzième s'appelle *uncia*. Du reste, les autres fractions qui ont 12 pour dénominateur ont également reçu des noms particuliers. Ainsi :

Sextans veut dire deux douzièmes ou un sixième ;

Quadrans, trois douzièmes ou un quart ;

Triens, quatre douzièmes ou un tiers ;

Quincunx, cinq douzièmes ;

Semis, six douzièmes ou moitié ;

(1) L. 13, C., *De hered. instit.* (6, 24).

(2) Pour les détails de cette matière difficile, voy. M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. II, § 449, Observ. 2.

(3) Nous avons déjà trouvé la même expression employée dans deux sens différents. Voy., ci-dessus, p. 582 et 627.

Septunx, sept douzièmes ;
Bes (pour *bis triens*), huit douzièmes ou deux tiers ;
Dodrans, neuf douzièmes ou trois quarts ;
Dextans, dix douzièmes ou cinq sixièmes ;
Deunx, onze douzièmes.

Le testateur n'est pas tenu de diviser ainsi son hérédité en douzièmes ; et on peut se trouver dans la nécessité, quand il a employé le mot *uncia* ou l'un des autres mots qui viennent d'être indiqués, de lui donner un sens différent de celui qu'il a ordinairement. Les Institutes citent à cet égard un assez grand nombre d'espèces, que nous allons parcourir. La règle qu'on voit ici toujours servir de guide, c'est que le testateur doit nécessairement avoir disposé de toute son hérédité : *nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest.* Il faut toujours combiner avec cette règle la volonté du testateur.

Ainsi, d'abord supposons que le testateur a institué un seul héritier et qu'il l'a institué *ex semisse*. Cet héritier n'aura pas la moitié, il aura la totalité de la succession, à moins, bien entendu, que le testateur ne fût militaire (1).

Lorsque le testateur qui institue plusieurs héritiers ne fixe la part d'aucun, *constat ex æquis partibus eos heredes esse,* toutes les parts seront égales (2). Cela comporte cependant une restriction. Supposons que le testateur ait dit : *Primus heres esto, Secundus et Tertius heredes sunto.* Ici nous ne donnerons pas un tiers à chaque institué ; conformément à la volonté probable du testateur, nous donnerons une moitié à Primus, l'autre moitié à Secundus et à Tertius : ceux-ci, étant appelés *conjunctim*, ne comptent que pour un vis à vis de Primus, qui est appelé séparément (3). — Mais supposons que, les différents héritiers étant appelés *disjunctim*, les uns soient institués *partibus expressis* et les autres *sine parte :* les premiers viendront chacun pour la fraction indiquée par le testateur, et les autres se partageront également le surplus de la succession. Que si les différentes fractions assignées aux premiers épuisent l'*as*

(1) Inst., § 5 *De hered. instit.*
(2) Inst., § 6 (au commencement) *De hered. instit.*
(3) Celsus, L. 59 § 2, D., *De hered. inst.*

(*Primus ex besse*, *Secundus ex triente*), alors on présumera que le testateur a pris l'*uncia* comme valant 1/24 : Primus aura un tiers, Secundus un sixième, et ainsi il restera la moitié de la succession pour ceux qui ont été institués *sine parte* (1).

Tous ont été institués *partibus expressis;* mais la somme des fractions dépasse l'unité ou au contraire reste au-dessous de l'unité. Par exemple, Primus, Secundus et Tertius ont été institués, chacun pour cinq onces, ou chacun pour trois onces : la succession sera considérée, dans le premier cas, comme comprenant 15 onces, dans le deuxième comme comprenant 9 onces (2).

Enfin, si des héritiers sont institués pour plus de 12 onces, par exemple pour 15, et qu'un autre héritier soit institué *sine parte*, nous prendrons la succession pour divisée en vingt-quatrièmes (*dupondius*) : il y aura, par conséquent 9/24 ou 3/8 pour l'héritier institué *sine parte* (3).

3° *Des modalités qui peuvent être apposées à l'institution.*

L'institution peut être faite sous condition, c'est-à-dire que son existence même peut être subordonnée à l'arrivée d'un événement futur et incertain : *Heres purè et sub conditione institui potest*, dit Justinien (4). — Même à l'époque où le testament se faisait *per æs et libram*, l'institution pouvait être ainsi conditionnelle. Seulement, il est bien entendu qu'on devait avoir soin de ne pas exprimer la condition dans la *mancipatio* même.

Le testateur peut apposer à l'institution une seule condition ; il peut aussi en apposer plusieurs. Dans ce dernier cas, il faut bien examiner si les différentes conditions sont apposées cumulativement ou au contraire alternativement. *Si plures conditiones*, dit Justinien, *institutioni adscriptæ sunt*, *siquidem conjunctim*, *ut puta* SI ILLUD ET ILLUD FACTUM ERIT, *omnibus parendum est ; si separatim*, *velut* SI ILLUD AUT ILLUD FACTUM ERIT, *cuilibet obtemperare satis est* (5).

(1) Inst., § 6 *De hered. inst.*
(2) Inst., § 7 *eod. Tit.*
(3) Inst., § 8 *eod. Tit.*
(4) Inst., § 9 (au commencement) *eod. Tit.*
(5) Inst., § 11 *eod. Tit.*

Lorsque c'est une condition impossible qui a été apposée à l'institution, comme par exemple lorsque le testateur a dit : *Titius heres esto si cœlum digito tetigerit,* nous voyons, aux Institutes, que cette condition est réputée non écrite (1) : par conséquent, l'institution est valable, elle est pure et simple. Cette règle, d'après laquelle on efface la condition impossible apposée à une institution, n'avait pas été admise sans discussion parmi les jurisconsultes romains. Gaius, comparant la stipulation et le *legatum* (ce qui comprend même l'institution d'héritier), s'exprime ainsi : *Si quis sub eâ conditione stipuletur quæ existere non potest, veluti* SI DIGITO CŒLUM TETIGERIT, *inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili conditione relictum nostri præceptores proindè valere putant ac si ea conditio adjecta non esset; diversæ scholæ auctores non minùs legatum inutile existimant quàm stipulationem. Et sanè vix idonea diversitatis ratio reddi potest* (2). C'était donc une question débattue entre les Sabiniens et les Proculiens. Paul formule déjà comme non douteuse la doctrine proposée par les Sabiniens : *Conditionum*, dit-il, à propos de l'institution d'héritier, *duo sunt genera : aut enim possibilis est, aut impossibilis. Possibilis est quæ per rerum naturam admitti potest; impossibilis quæ non potest. Quarum, ex eventu altera expectatur, altera submovetur* (3).

Ce que les Institutes disent de la condition impossible est également vrai de la condition contraire aux lois ou aux mœurs. Comme l'indique Paul, *conditiones contrà leges et decreta Principum vel bonos mores adscriptæ nullius sunt momenti; veluti :* SI UXOREM NON DUXERIS, — SI FILIOS NON SUSCEPERIS, — SI HOMICIDIUM FECERIS, — SI BARBARO *aut* LARVALI HABITU PROCESSERIS, *et his similia* (4). Il est même assez probable, comme le pense M. de Savigny (5), que la règle a été d'abord admise pour ces conditions contraires aux lois ou aux mœurs, et qu'elle a ensuite été étendue aux conditions impossibles. — Lorsqu'une disposition est faite au profit d'une personne, sous la condition que cette personne accomplira un acte défendu

(1) Inst., § 10 *eod. Tit.*
(2) Comment. III, § 98.
(3) *Sentences*, III, IV *b*, § 1.
(4) *Ibid.*, § 2. Voy. aussi Marcien, L. 14, D., *De condit. instit.* (28, 7).
(5) *System*, t. III, § 224.

par la morale ou par la loi, on peut dire jusqu'à un certain point que la condition est impossible ou tout au moins qu'elle n'est pas potestative pour la personne qui doit l'accomplir : car un honnête homme n'est réellement pas libre de faire le mal. De là une décision fort remarquable. Le testateur, qui doit instituer ou exhéréder son fils, ne peut pas l'instituer sous condition, à moins qu'il ne s'agisse d'une condition potestative pour le fils (1) : que décider s'il l'a institué sous la condition qu'il commettra un délit, qu'il fera une chose honteuse ? Dirons-nous que cette condition doit être réputée non écrite ? Ce n'est point à cette idée que s'arrête Papinien : *Filius qui fuit in potestate,* dit-il, *sub conditione scriptus heres quam Senatus aut Princeps improbant, testamentum infirmat patris, ac si conditio non esset in ejus potestate : nàm quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam, et, ut generaliter dixerim, contrà bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est* (2).

Le Sabinien Gaius reconnaît qu'il est assez difficile de justifier la distinction faite par les Sabiniens entre le cas où la condition impossible ou immorale est apposée à un acte entre-vifs et le cas où elle est apposée à une institution d'héritier. Voici cependant des motifs que l'on peut donner à l'appui de cette doctrine et qui probablement l'avaient fait prévaloir chez les Romains. D'abord il est très-grave d'annuler une institution d'héritier : cela peut avoir pour conséquence de rendre le testateur intestat ; et, comme la nullité serait prononcée après sa mort, il n'y aurait pas moyen de recommencer le testament. En second lieu, les dispositions testamentaires ne sont pas écrites avec le concours de l'institué : si le testateur a eu une pensée mauvaise, l'institué ne s'y est pas associé, et il serait bien dur de l'en faire souffrir. Enfin la condition qui nous paraît impossible ou immorale ne l'était peut-être pas dans l'esprit du testateur ; il s'est mal exprimé, et malheureusement il n'est plus là pour expliquer ce qu'il a voulu dire : dans le doute, effaçons cette condition que nous ne sommes pas sûrs de bien comprendre, et maintenons l'institution, à laquelle très-pro-

(1) Voy., ci-dessus, p. 627.
(2) L. 15, D., *De condit. instit.* Papinien mourut précisément pour être resté fidèle à cette doctrine.

bablement le défunt attachait une importance prépondérante (1).

Que décider si à l'institution d'héritier se trouve apposée la condition de faire une chose qui n'est point immorale et qui n'est impossible que parce qu'au moment de la confection du testament cette condition était déjà défaillie? Par exemple, un homme a été institué sous la condition qu'il affranchirait son esclave Stichus, et Stichus était déjà mort quand le testateur imposait cette condition. Il faut voir là une condition impossible, et, en conséquence, la réputer non écrite (2).

Il en est autrement quand il s'agit de conditions *perplexæ*, c'est-à-dire impliquant contradiction : en cas pareil, l'institution même est nulle. Exemple : SI TITIUS HERES ERIT, SEIUS HERES ESTO : SI SEIUS HERES ERIT, TITIUS HERES ESTO. *Julianus inutilem esse institutionem scribit, cùm conditio existere non possit* (3). Ici il ne paraît pas que le testateur ait voulu faire une chose sérieuse : appeler Titius et Seius à l'hérédité, ce ne serait probablement pas se conformer à son intention. — L'institution est également nulle quand le testateur la fait dépendre de la pure volonté d'un tiers. *Illa institutio*, dit Gaius, QUOS TITIUS VOLUERIT, *ideò vitiosa est quod alieno arbitrio permissa est : nàm satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere* (4). — Enfin l'institution est nulle lorsqu'elle est captatoire, lorsqu'elle a été écrite pour déterminer l'institué à faire de son côté des dispositions au profit du testateur. Cette nullité avait été prononcée par le Sénat : *Captatorias institutiones*, dit Papinien, *non eas Senatus improbavit quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis* (5).

— L'institution, qui peut être faite sous condition, peut-elle également être faite à terme? Non : un héritier ne peut pas être

(1) Chez nous, on est allé beaucoup plus loin que n'allaient les Romains : on répute non écrite la condition immorale ou impossible apposée à une donation entre-vifs (C. Nap., art. 900).

(2) Pomponius, L. 6 § 1, D., *De condit. et demonstr.* (35, 1).

(3) Marcien, L. 16, D., *De condit. instit.* (28, 7).

(4) L. 32 pr., D., *De hered. instit.* Voy. aussi Pomponius, L. 68 *eod. Tit.*

(5) L. 70, D., *De hered. instit.*

institué de telle manière qu'il serait héritier seulement pendant un certain temps, ou seulement à partir de l'expiration d'un certain délai. Du reste, la mention du *dies*, comme l'apposition d'une condition illicite, n'annule point l'institution : *dies adjectus pro supervacuo habetur* : l'institution vaut comme institution pure et simple (1). — Pourquoi donc la modalité appelée *terme* ne peut-elle pas efficacement être apposée à l'institution d'héritier? C'est par application de la règle *Nemo paganus partim testatus, partim intestatus, decedere potest*. Il faut que le testateur dispose d'une manière complète de son hérédité ; or, la disposition ne serait pas complète si le droit de l'institué ne devait commencer qu'un certain temps après la mort du *de cujus*, ou si ce droit devait finir à une certaine époque : avant qu'il n'eût commencé, après qu'il aurait fini, à qui pourrait appartenir la succession? A un héritier *ab intestat?* Cela est absolument impossible : d'aucune manière il ne peut y avoir, sur une même succession, concours d'un héritier testamentaire et d'un héritier *ab intestat*. Ce concours n'a-t-il donc pas lieu quand un héritier est institué sous condition? Non : car, une fois la condition arrivée, il se trouve qu'il n'y a jamais eu d'autre héritier que l'institué, tandis que, dans le cas de terme, il y aurait vocation successive de l'institué et de l'héritier légitime. — La preuve qu'il y a ici une application pure et simple de la règle *Nemo paganus...*, c'est que par le testament d'un militaire un héritier peut très-bien être institué *ex certo die* ou *ad certum diem*. Du reste, le jurisconsulte Tryphoninus exprime ce rapport dans les termes les plus formels : *Si miles ità scripserit :* TITIUS USQUE AD ANNOS DECEM HERES ESTO, *intestati causa post decem annos locum habebit. Et quia diximus ex certo tempore et usque ad certum tempus milites posse instituere heredem, his consequens est ut, antequàm dies veniat quo admittatur institutus, intestati hereditas deferatur. Et quod in bonorum portione ei licet, hoc etiam in temporis spatio, licet non modicum sit, ex eodem privilegio competat* (2).

Ce qu'on ne peut pas apposer avec effet à l'institution, c'est un *dies certus*. On peut très-bien y apposer un *dies incertus*, dire que

(1) Inst., § 9 *De hered. instit.*
(2) L. 41 pr., D., *De testam. mil.* (29, 1).

l'institué pourra venir prendre l'hérédité lors d'un événement qui arrivera certainement, mais qui arrivera nous ne savons quand. Exemple : *Titius heres esto cùm Mævius mortuus erit*. Comme le dit Papinien, *dies incertus conditionem in testamento facit* (1). Comment expliquer cette différence entre le *dies certus* et le *dies incertus?* J'ai souvent entendu dire : « C'est que l'institution s'évanouira si le *dies incertus* n'arrive pas du vivant de l'institué, et il est parfaitement possible qu'il n'arrive en effet qu'après sa mort. » Mais cela n'explique rien : car il est également possible que l'institué meure avant l'échéance du *dies certus*. Voici, quant à moi, où j'aperçois une raison de différence : Quand il y a institution *ex die certo*, nous sommes bien sûrs que pour le moment et jusqu'à une certaine échéance l'institué ne peut pas venir : il ne fait donc pas obstacle pour le moment à la venue de l'héritier *ab intestat*, et alors celui-ci devrait nécessairement être appelé. Au contraire, quand il s'agit d'un *dies incertus*, d'un moment à l'autre ce *dies incertus* peut arriver et ouvrir le droit de l'institué : cette possibilité qu'à chaque instant le droit de l'institué s'ouvre suffit pour exclure à chaque instant l'ouverture du droit de l'héritier *ab intestat*. Si le *dies incertus* arrive du vivant de l'institué, c'est le droit de l'institué qui s'ouvre ; si au contraire l'institué meurt avant l'arrivée du *dies incertus*, c'est le droit de l'héritier *ab intestat* : donc l'un ou l'autre de ces droits s'ouvrira, ils ne s'ouvriront pas tous les deux successivement.

— Quand les Romains disent que l'institution peut être faite *sub conditione*, ils entendent parler de ce que nous appelons une condition suspensive. Je suppose qu'un testateur s'est exprimé ainsi : « Que Titius soit mon héritier, mais qu'il cesse de l'être si tel événement arrive. » Il faut dire ici ce qu'on dit au cas de l'institution *ad certum diem*. Si, à l'arrivée de l'événement prévu, Titius cessait effectivement d'être héritier, cela devrait de toute nécessité profiter à celui qui est appelé *ab intestat*, et la règle *nemo paganus...* se trouverait violée. La modalité *usque ad conditionem*, comme la modalité *usque ad certum tempus*, doit donc être réputée non écrite. *Semel heres, semper heres* (2).

(1) L. 75, D., *De condit. et demonstr.*

(2) L'hérédité ne peut pas même appartenir successivement à deux héritiers testamentaires. Voy. Gaius, L. 88, D., *De hered. instit.*

DES SUBSTITUTIONS.

Le mot *substitution* (de *sub*, *institutio*), dans son sens le plus large, désigne une institution qui est subsidiaire ou subordonnée par rapport à une autre institution, qui en présuppose une autre. Ce mot *substitution*, nous le verrons, n'appelle pas essentiellement, dans tous les cas, l'idée d'une institution conditionnelle.

On distingue, aux Institutes, trois espèces de substitutions, que nous allons étudier successivement.

I. Substitution vulgaire.

Le testateur, pour avoir plus de chances de ne pas mourir intestat, peut faire plusieurs degrés d'héritiers. Après avoir institué Primus, il ajoutera : *Si Primus heres non erit, Secundus heres esto*, et ainsi de suite. Il peut, en dernier lieu et tout à fait subsidiairement, appeler ainsi un de ses esclaves, qui sera son héritier nécessaire (1). — Cette institution conditionnelle, faite pour le cas où un précédent institué ne viendrait pas à l'hérédité, est ce qu'on appelle une *substitution vulgaire*.

Lorsque le testateur, qui veut faire ainsi une ou plusieurs substitutions vulgaires, a un fils sous sa puissance, lui suffit-il de l'instituer ou de l'exhéréder une fois, ou bien au contraire faut-il qu'il recommence à chaque degré ? Les jurisconsultes romains faisaient à cet égard une distinction. Si le fils est institué au premier degré, le père peut impunément l'omettre à tous les degrés subséquents ; de même, si au premier degré le testateur avait commencé par exhéréder son fils. C'est seulement au cas où le testateur aurait dit, au premier degré : *Titius heres esto, filius meus exheres esto*, qu'il devrait avoir grand soin de répéter l'exhérédation à tous les degrés : autrement, *gradus a quo filius præteritus sit non valeret* (2). — Ce qui est vrai du fils à l'époque des jurisconsultes, s'applique, dans le droit de Justinien, à tous les descendants que le testateur doit instituer ou exhéréder.

Il est à remarquer que déjà dans l'ancien droit on ne tenait pas

(1) Inst., pr. *De vulg. substit.* (II, 15).
(2) Africain, L. 14 § 1, D., *De lib. et post.* (28, 2); Ulpien, L. 3 § 3 *eod. Tit.*

compte ici de l'*ordo scripturæ*, en ce sens que la substitution pouvait venir dans le testament avant l'institution. C'est du moins l'opinion d'Ulpien (1).

Bien que le substitué ne soit appelé que pour le cas où l'institué ne pourra pas ou ne voudra pas venir, il existe cependant une hypothèse où l'hérédité sera d'abord offerte au substitué, de telle sorte que c'est l'institué qui ne viendra qu'à défaut du substitué. Supposez que le testateur est insolvable, qu'il le sait, et que dans ces circonstances il institue pour héritier son esclave, en lui substituant un de ses amis : *antè incipiendum erit a substituto*, dit Paul. *Lex enim Ælia Sentia itá demùm ei qui in fraudem creditorum heres institutus est conservat libertatem si nemo alius ex eo testamento heres esse potest* (2).

Nous venons de voir un cas dans lequel le substitué passe avant l'institué. Voici maintenant différentes hypothèses dans lesquelles il vient en concours avec lui :

1° Le testateur institue pour héritier un *servus alienus* qu'il croit *paterfamiliâs*, et il lui substitue un de ses amis : on décide, aux Institutes, que, l'institué ayant fait adition par l'ordre de son maître, le substitué, de son côté, *in partem admittetur*, aura droit à la moitié de l'hérédité. On ajoute que l'empereur Tibère avait rendu une décision en ce sens au sujet de son esclave Parthenius (3). Le jurisconsulte Julien décidait aussi de même : *In hoc casu semisses fient, itá ut as inter eum qui dominus instituti heredis fuerit et substitutum æquis portionibus dividatur* (4). Cette décision est-elle conforme aux principes? Oui. En effet, d'une part, l'institution doit valoir : car il n'est pas démontré que le testateur ne l'eût pas faite également s'il eût connu la condition de l'institué, et d'ailleurs en matière d'institution le principe est qu'on s'en tient à ce qui est écrit (5). D'autre part, le substitué doit venir, la condition sous la-

(1) L. 28, D., *De hered. instit.*

(2) L. 57, D., *De hered instit.* Comp., ci-dessus, p. 214 et 215.

(3) Inst., § 4 *De vulg. subst.* Voy. aussi L. 41, D., *De hered. instit.*

(4) L. 40, D., *De hered. inst.* Dans ce texte, je crois, avec Cujas, qu'il faut lire *as*, et non pas *alter semis* que donnent toutes les éditions : le mot *as*, qui se trouve dans les manuscrits, aura été pris mal à propos pour une abréviation de *alter semis*.

(5) Si le testateur était un militaire, on s'attacherait plus scrupuleusement à

quelle il a été appelé se trouve réalisée : car, quand le testateur a dit *Si Primus heres non sit*, cela voulait dire dans sa pensée : « Si Primus ne recueille l'hérédité ni pour lui-même ni pour une personne sous la puissance de laquelle il tomberait plus tard ; » or, *in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones* (1). En somme, l'institution étant valable et néanmoins le substitué ayant droit de venir à l'hérédité, il faut nécessairement arriver à dire que le maître de l'institué et le substitué prendront chacun moitié (2).

2° Le testateur a dit : *Lucius Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis quibus scies poterisque ; si non creveris, tum Publius Mævius heres esto* (3). Dans l'ancien droit, et encore du temps de Gaius, si l'institué ne faisait pas *cretio* (adition solennelle) dans le délai, s'il se bornait à faire un acte de gestion *pro herede, substitutus in partem admittebatur, et fiebant ambo æquis partibus heredes* (4). Mais Ulpien nous apprend que, d'après une Constitution de Marc-Aurèle, l'institué qui se contente de faire acte de gestion *pro herede* prend néanmoins toute l'hérédité, *ex asse fit heres* (5).

3° Le testateur a institué pour héritier l'esclave Stichus, qui appartient par indivis à Titius et à Sempronius ; pour le cas où Stichus ne serait pas héritier, il lui a substitué Mævius. Or, Stichus

sa volonté, et alors, suivant les cas, on pourrait prononcer la nullité de l'institution. Voy. le rescrit de l'empereur Alexandre qui forme la L. 3, C., *De hered. instit* (6, 24).

(1) Ulpien, L. 19 pr., D., *De condit. et demonstr.*

(2) Cependant, pour M. de Vangerow (*Lehrbuch*, t. II, § 431, observ. 2), il n'y a là qu'une décision spéciale et arbitraire, *eine sonderbare und jedenfalls ganz willkürliche Entscheidung*, de l'empereur Tibère, et les principes voulaient qu'on tînt l'institution pour nulle.

(3) On dit qu'ici Titius est institué *sub imperfectâ cretione*, par opposition au cas où le testateur se serait exprimé ainsi : *Titius heres esto, cernitoque....; quodni ità creveris, exheres esto : tunc Mævius heres esto, cernitoque in diebus centum...* (*Fragm. d'Ulpien*, XXII, §§ 33 et 34).

(4) Gaius, II, § 177. Gaius ajoute (§ 178) que très-anciennement, si même pendant le délai de la *cretio* l'institué faisait acte de gestion *pro herede*, immédiatement le substitué pouvait venir pour moitié, la *cretio* n'étant plus possible à l'institué.

(5) *Fragm.*, XXII, § 34. Gaius, qui a vécu sous Marc-Aurèle, écrivait, paraît-il, avant cette Constitution.

a fait adition, mais sur l'ordre d'un seul de ses maîtres : *Quæritur*, dit Scévola, *an substituto locus sit, an non; et verius est substituto locum esse* (1). Le substitué viendra donc partager l'hérédité avec celui des deux maîtres qui a donné à l'esclave le *jussus adeundi*. Cette décision s'explique parce qu'il n'était pas venu à l'esprit du testateur que l'un des maîtres de Stichus se refuserait à donner le *jussus adeundi* : en se référant à sa pensée, on peut dire que la condition *si heres non sit* est accomplie quand l'esclave fait adition *jussu alterius tantùm* (2).

— Le testateur qui veut avoir deux degrés d'institués peut combiner ses dispositions de différentes manières. Il peut avoir un seul institué et un seul substitué, — ou bien un seul institué et plusieurs substitués, — ou bien plusieurs institués et un seul substitué. Il peut enfin, après avoir institué plusieurs personnes, les substituer réciproquement les unes aux autres, de telle sorte que, l'un des institués ne venant pas à la succession, les autres y viendront et comme institués et comme substitués au défaillant. Cette dernière combinaison demande seule un examen particulier.

Le testateur a institué Primus, Secundus et Tertius : si tous trois venaient à la succession, chacun prendrait un tiers. Mais supposons que Primus fait défaut. Alors, sans doute, Secundus et Tertius, que le testateur lui a substitués, recueilleront sa part; seulement, on se demande s'ils ne la recueilleraient pas également, en l'absence de toute substitution, par l'effet du droit d'accroissement. — A cela je fais deux réponses : 1° Il y a des cas où le droit d'accroissement n'aurait pas lieu; 2° lors même que l'accroissement aurait eu lieu, la substitution n'amène pas toujours le même résultat qu'il aurait amené.

Développons successivement ces deux propositions.

I. Sous l'empire des lois caducaires, en général l'accroissement entre institués n'a pas lieu. Du reste, à cet égard, il importe de

(1) L. 48 pr., D., *De vulg. et pup. subst.* (28, 6).

(2) Si l'esclave, après avoir fait adition par l'ordre d'un de ses maîtres, était affranchi, il pourrait encore faire adition et acquérir pour lui-même la moitié de l'hérédité : le substitué alors serait exclu. Voy. LL. 64 et 65, D., *De adq. vel om. hered.*

distinguer trois hypothèses, que Justinien lui-même prend soin de distinguer (1):

1[re] *hypothèse.* — L'un des institués est Latin Junien ou *cælebs;* l'un des institués est mort ou est devenu pérégrin dans l'intervalle écoulé entre la mort du testateur et l'ouverture des tablettes du testament. Alors la part de cet institué est dite proprement *caduque.* Si l'institué était *orbus*, sa part serait caduque pour moitié seulement (2).

2[e] *hypothèse.* — L'un des institués meurt ou devient pérégrin dans l'intervalle écoulé entre la confection du testament et la mort du testateur; il meurt, devient pérégrin ou répudie l'hérédité, depuis l'ouverture des tablettes du testament. Ici on dit que sa part est *in causâ caduci.* Il faut sans doute ajouter le cas où la condition mise à l'institution est venue à défaillir; plusieurs distinguent suivant l'époque où cette condition a défailli.

3[e] *hypothèse.* — L'un des institués était déjà mort, ou il n'avait pas la *factio testamenti,* lors de la confection du testament. Alors on dit que l'institution est *pro non scriptâ.*

Maintenant, voyons dans ces différentes hypothèses ce que va devenir la part non recueillie par l'institué auquel le testateur l'avait destinée.

Dans la première hypothèse, la part caduque peut être revendiquée par les autres héritiers qui sont *patres,* c'est-à-dire qui sont mariés et qui ont des enfants légitimes; à défaut de cohéritiers *patres,* elle peut être revendiquée par l'*ærarium* (qu'a remplacé ensuite le *fiscus*). Donc, supposons que, des trois institués, Primus est Latin Junien ou *cælebs*, Secundus est *cælebs,* mais avec *jus capiendi,* comme proche parent ou allié du testateur, et enfin Tertius est *pater :* si Secundus peut venir comme substitué de Primus, il partagera la part de celui-ci avec Tertius, tandis que si le testateur n'a fait aucune substitution, Tertius, en qualité de *pater*, revendiquera pour la totalité la part caduque.

Dans la deuxième hypothèse, la part de Primus, qui est *in causâ caduci*, peut encore être revendiquée par le cohéritier *pater*

(1) L. un., § 2, C., *De caducis toll.* (6, 51).
(2) Voy. *Fragm. d'Ulpien,* XVII, § 1.

ou par l'*ærarium*, mais sauf le *jus antiquum* réservé aux ascendants et descendants du testateur jusqu'au troisième degré, c'est-à-dire qu'ici ces ascendants ou descendants ne peuvent pas souffrir de l'application des lois caducaires (1). Donc, Secundus étant un *cœlebs* avec *jus capiendi* et n'ayant point le *jus antiquum*, si le testateur a fait la substitution vulgaire réciproque, Secundus et Tertius auront droit à la part de Primus, tandis qu'en l'absence de cette substitution Tertius seul pourrait la revendiquer.

Quant à la 3e hypothèse, l'institution de Primus étant *prò non scriptâ*, nous n'avons rien à en dire quant à présent, attendu qu'ici les lois caducaires ont laissé subsister le droit d'accroissement.

II. Nous nous plaçons dans une hypothèse et à une époque où, l'un des institués faisant défaut, il y a lieu au *jus accrescendi*. Il s'agit de montrer que le résultat peut être très-différent suivant que les cohéritiers viendront *ex substitutione* ou *jure accrescendi*.

Je suppose que, Secundus et Tertius ayant fait adition, Secundus vient à mourir; puis Primus renonce, ou meurt sans avoir encore fait adition. Que va devenir la part de Primus? En l'absence d'une substitution vulgaire réciproque, elle accroîtra, non-seulement à Tertius, mais encore aux héritiers de Secundus (2). Au contraire, si le testateur a fait cette substitution, le cohéritier survivant, Tertius, pourra seul prendre la part laissée par Primus : *Paulus respondit, si omnes instituti heredes omnibus invicem substituti essent, ejus portionem qui, quibusdam defunctis, posteà portionem suam repudiavit, ad eum solum qui eo tempore supervixit, ex substitutione pertinere* (3).

Supposons qu'au moment où Primus fait défaut Secundus et Tertius sont encore vivants. L'accroissement aura lieu pour eux, même à leur insu, même malgré eux. Au contraire, s'il y a eu substitution réciproque faite par le testateur, on comprendrait que, la substitution étant distincte de l'institution, Secundus, qui est venu *tanquàm institutus*, se refusât à venir *tanquàm substitutus*, de

(1) *Fragm. d'Ulpien*, Tit. XVIII.

(2) Marcien, L. 9, D., *De suis et legit.* (38, 16); Inst., § 4 *De senatusc. Orphit.* (III, 4).

(3) L. 45 § 1, D., *De vulg. et pup. subst.* Voy. aussi Ulpien, L. 81, D., *D adq. vel om. heredit.* (29, 2).

manière qu'en définitive Tertius prendrait toute la part laissée par Primus. On le comprendrait ; cependant cela ne doit pas être admis, parce que presque toujours ce serait contraire à l'intention du testateur. Donc, en principe, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas eu substitution réciproque dans le testament, Secundus et Tertius qui ont fait adition comme institués, quand arrive la défaillance de Primus, recueilleront bon gré mal gré la part de celui-ci (1).

— En supposant que les différents héritiers, substitués réciproquement les uns aux autres, fussent institués pour des parts inégales, on présumera que l'intention du testateur a été que la même inégalité existât entre eux dans la substitution. Ainsi, par exemple, Primus a été institué pour un quart, Secundus pour un quart, Tertius pour moitié : Primus faisant défaut, Secundus aura droit seulement à un tiers de sa part, Tertius à deux tiers (2).

— En vertu d'une Constitution des empereurs Sévère et Antonin, on admet d'une manière générale et sans distinction que le substitué du substitué est substitué à l'institué. *Substitutus substituto tacitè censetur substitutus instituto* (3).

Voyons d'abord quelle est la portée de cette règle, dans quels cas on pourra en faire application.

Sous l'empire des lois caducaires, je suppose qu'un testateur a institué deux héritiers, Primus et Secundus ; de plus, il a substitué Secundus à Primus, et Titius à Secundus. La règle signifie que Titius doit être considéré comme substitué à Primus. Quelle en est l'utilité? Primus ni Secundus ne peuvent recueillir, leurs parts sont caduques ou *in causâ caduci;* quant à Titius, c'est un *cœlebs* favorisé : il a le *jus capiendi*, non le *jus caduca vindicandi*. Cela étant, s'il ne pouvait pas se présenter comme substitué à Primus, il obtiendrait bien la part de Secundus, mais non celle de Primus : celle-ci serait prise par l'*ærarium* ou par le fisc. Par le bénéfice de la règle, Titius obtiendra les deux parts.

En faisant abstraction des lois caducaires, en nous plaçant par exemple à l'époque de Justinien, la règle est encore susceptible

(1) Ulpien, L. 35 pr., et Javolenus, L. 76 pr., D., *De adq. vel om. heredit.*; Dioclétien et Maximien, L. 6, C., *De impub. et aliis substit.* (6, 26).

(2) Gaius, L. 5, D., *De vulg. et pup. subst.*; Inst., § 2 *De vulg. subst.*

(3) Inst., § 3 *De vulg. substit.*

d'application. Je suppose qu'un testateur a institué trois héritiers, Primus, Secundus et Tertius; de plus, il a substitué Secundus à Primus et Titius à Secundus. Primus et Secundus font défaut. Si notre règle n'existait pas, la part de Secundus serait dévolue à Titius *jure substitutionis;* quant à la part de Primus, elle profiterait *jure accrescendi* et à Titius et à Tertius. Au moyen de notre règle, Titius prendra seul la part de Primus comme celle de Secundus.

Avant la Constitution des empereurs Sévère et Antonin, la règle dont il s'agit ne pouvait être invoquée que moyennant le concours de deux conditions. Il fallait d'abord que dans le testament la substitution de Secundus à Primus précédât celle de Titius à Secundus; il fallait, de plus, que la défaillance de Primus se produisît avant celle de Secundus. Depuis la Constitution, il n'y a plus à se préoccuper d'aucune distinction de ce genre (1).

II. SUBSTITUTION PUPILLAIRE.

L'homme qui a sous sa puissance paternelle un enfant impubère peut, en faisant son propre testament, prévoir le cas où cet enfant, devenu *sui juris* par sa mort, mourrait lui-même étant encore impubère, et, par conséquent, incapable de tester, et pour ce cas il peut faire le testament de l'enfant. La substitution pupillaire est donc l'institution d'un héritier pour une personne qui meurt avant d'avoir atteint l'âge où elle aurait pu tester elle-même, institution faite par le père qui tenait cette personne sous sa puissance.

Comme le dit Justinien, cette substitution pupillaire a son origine dans la coutume : *Moribus institutum est ut, cùm ejus ætatis filii sint in quâ ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant* (2). — La substitution pupillaire était déjà en usage du temps de Cicéron. Il dit, en parlant de Quintus Scévola : *Negabat, nisi postumus, et natus, et, antequàm in suam tutelam venisset, mortuus esset, heredem eum esse posse qui esset secundùm postumum, et natum et mortuum, heres institutus* (3).

(1) Papinien, L. 41 pr., *De vulg. et pup. subst.*
(2) Inst., pr. *in fine De pupill. substit.* (II, 16).
(3) *De oratore*, I, 39. Je reviendrai dans un instant sur ce passage.

Sous l'empire de quelle idée a-t-on admis la possibilité pour un père de faire ainsi le testament de son fils? Cela s'explique d'abord parce qu'en général les Romains n'aimaient pas beaucoup laisser à la loi elle-même la désignation de leur héritier. Mais il y a ici autre chose. L'homme qui se voit près de mourir et qui a un jeune enfant craint que celui-ci, une fois privé de la protection paternelle, ne soit exposé à bien des embûches. Ne pourrait-il pas arriver que ses agnats, appelés à lui succéder *ab intestat*, eussent la tentation de ne pas le laisser atteindre sa puberté? Le père, pour se rassurer contre eux, leur ôte tout intérêt à commettre le crime dont il les suppose capables. En effet, un substitué pupillaire étant donné à l'enfant, que celui-ci vienne à mourir avant sa puberté, les agnats n'en retireront aucun avantage.—Mais, peut-on dire, le danger n'est pas réellement conjuré, il n'est que déplacé. Les agnats n'ont plus intérêt à ce que l'enfant meure impubère; c'est le substitué qui s'y trouve intéressé, car son droit éventuel à la succession de l'enfant s'évanouit dès que celui-ci devient pubère. L'enfant gagnera-t-il beaucoup à ce changement? L'objection avait été prévue, et le moyen avait été fourni au testateur de faire en sorte que personne ne se sache intéressé à la mort prématurée de l'enfant. Pour cela le testateur, dans son propre testament, qui doit être ouvert après sa mort, annonce qu'il y a un substitué pupillaire, et par là il désintéresse les agnats à commettre un crime. Maintenant, ce substitué, quel est-il? On ne le saura pas tant que l'enfant sera vivant : ce n'est qu'après qu'il sera mort étant encore impubère qu'on ouvrira la partie du testament où se trouve le nom du substitué (1).

— Souvent le testateur, qui a sous sa puissance un fils impubère, fait en même temps une substitution vulgaire et une substitution pupillaire, et fait l'une et l'autre au profit d'une seule personne. C'est précisément ce que supposent Gaius et Justinien. Ils donnent l'exemple d'un testament ainsi conçu : *Titius filius meus heres mihi esto. Si filius meus heres mihi non erit, sive heres erit et priùs moriatur quàm in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto.* Alors, si le fils ne vient pas à l'hérédité paternelle, Seius la recueillera comme substitué vulgaire; si au contraire le fils survit au

(1) Gaius, II, § 181; Inst., § 3 *De pup. subst.*

père et meurt ensuite *antè pubertatem*, Seius recueillera l'hérédité du fils comme substitué pupillaire (1).

Précisément parce qu'il était habituel que la même personne fût ainsi substituée à l'impubère *et vulgariter et pupillariter*, on est arrivé à reconnaître qu'une seule espèce de substitution faite expressément par le père impliquait l'autre : *Jàm hoc jure utimur ex D. Marci et Veri Constitutione*, dit Modestin, *ut, cùm pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non exstiterit, sive exstiterit et impubes decesserit* (2). — La question était discutée du temps de Cicéron. Nous savons que Crassus plaida dans une affaire où le testateur, après avoir institué un *postumus suus*, lui avait donné un substitué pupillaire :*postumo non nato*, on se demandait si le substitué n'avait pas droit à l'hérédité du père en qualité de substitué vulgaire. Quintus Scévola soutenait qu'il n'avait aucune espèce de droit (3). *Ego*, dit Crassus, *voluntatem defendebam : hàc eum tùm mente fuisse, qui testamentum fecisset, ut, si filius non esset qui in tutelam veniret, Curius esset heres* (4).

— La substitution pupillaire ne peut avoir aucun effet, le substitué ne peut venir à la succession, qu'autant que l'enfant deviendra *sui juris* par la mort de son père, puis mourra ensuite lui-même *antè pubertatem*. Cependant la substitution pupillaire, à la différence de la substitution vulgaire, n'est point considérée par les jurisconsultes romains comme consistant en une institution essentiellement conditionnelle. *Qui liberis impuberibus substituit*, dit Ulpien, *aut purè aut sub conditione solet substituere. Purè, sic :* SI MEUS FILIUS INTRA PUBERTATEM DECESSERIT, SEIUS HERES ESTO (5).

(1) Gaius, II, §§ 179 et 180; Inst., pr. *De pup. subst.*

(2) L. 4 pr., D., *De vulg. et pup. subst.* — Le jurisconsulte ajoute : *Quod jus ad tertium quoque genus substitutionis tractum esse videtur. Nàm, si pater duos filios impuberes heredes instituat eosque invicem substituat, in utrumque casum reciprocam substitutionem factam videri D. Pius constituit.*

On a quelquefois soutenu que la substitution vulgaire implique bien la substitution pupillaire, mais que celle-ci n'implique pas la substitution vulgaire. Cette opinion est très-bien réfutée par M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. II, § 451, observ. 1.

(3) Voy., ci-dessus, p. 665.

(4) *De orat.*, *loc. cit.* Voy. aussi *Brutus*, 52 et 53.

(5) L. 8 pr., D., *De vulg. et pup. subst.*

— En cas de substitution pupillaire, doit-on dire qu'il y a deux testaments, ou doit-on dire qu'il n'y en a véritablement qu'un seul? Cela dépend du point de vue auquel on se place. Gaius et Justinien admettent les deux manières de parler. *Duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquàm si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certè unum est testamentum duarum causarum, id est duarum hereditatum* (1).

Pourquoi sommes-nous autorisés à dire qu'il y a deux testaments? Parce que la substitution, la désignation d'un héritier pour l'enfant, n'est pas nécessairement dans le même acte où se trouve l'institution, c'est-à-dire la nomination de l'héritier du père (2). Il peut même arriver que l'un des deux actes soit écrit et que l'autre soit purement nuncupatif : *Si pater sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contrà, fecerit testamentum, valebit* (3). Enfin les deux actes sont tellement distincts qu'il se peut qu'au moment où il fait le premier, contenant l'institution, le testateur n'ait pas encore la puissance paternelle sur l'impubère à qui par le deuxième il donne un substitué (4).

Pourquoi sommes-nous également autorisés à dire qu'il n'y a qu'un seul testament? D'abord, parce qu'il suffit d'employer les formes requises pour un seul : *Patris et filii testamentum*, dit Ulpien, *pro uno habetur, etiam in jure prætorio : nàm, ut Marcellus, lib. Digestorum* IX *scribit, sufficit tabulas esse patris signatas, etsi resignatæ sint filii; et septem signa patris sufficiunt* (5). De plus, ce qui est bien remarquable, le testament du père étant nul ou infirmé, la substitution, eût-elle été faite par un acte séparé, ne peut valoir (6). Enfin supposons que le substitué dût être l'héritier nécessaire du père, s'il était appelé à sa succession : il sera héritier nécessaire du fils impubère, bien que n'ayant jamais été sous sa puissance. *Quos possum heredes mihi facere necessarios, possum et filio : et servum meum, et fratrem suum, quamvis in rebus humanis*

(1) Gaius, II, § 180 *in fine;* Inst., § 2 *De pup. subst.*
(2) Pomponius, L. 16 § 1, D., *De vulg. et pup. subst.*
(3) Ulpien, L. 20 § 1 *eod. Tit.*
(4) Ulpien, L. 2 pr. *in fine eod. Tit.*
(5) L. 20 pr. *eod. Tit.*
(6) Ulpien, L. 10 § 1 *eod. Tit.;* Inst., § 5 *De pup. subst.*

nondùm sit : postumus igitur erit fratri heres necessarius (1).

Si Gaius et Justinien admettent qu'on dise qu'il n'y a qu'un seul testament, ils ne paraissent pas admettre qu'on puisse dire qu'il n'y a qu'une seule hérédité. Je crois que la plupart des jurisconsultes romains ont effectivement considéré l'hérédité du fils, à laquelle est appelé le substitué, comme tout à fait distincte de l'hérédité du père. Ainsi, d'après Ulpien, Titius, institué et substitué pupillairement, ayant vendu l'hérédité du testateur, n'est point présumé avoir vendu *quod ex impuberis hereditate ad eum pervenit.* Pourquoi ? Parce que, *licet unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est* (2). — De même, d'après Paul, l'homme institué et substitué pupillairement peut n'avoir pas ou n'avoir qu'incomplétement le *jus capiendi* relativement à l'une des deux hérédités, et l'avoir plein et entier relativement à l'autre. *Si is qui heres institutus est, filio substitutus sit, nihil oberit ei in substitutione si tunc capere possit cùm filius decessit ; contrà quoque potest pœnas in testamento pupilli pati, licet in patris passus non sit* (3). — Julien distingue même deux hérédités lorsque l'impubère meurt après avoir succédé à son père. C'est du moins ce que rapporte Terentius Clemens, dans un fragment tiré de son commentaire sur la loi Julia et Papia : *Si is qui ex bonis testatoris solidum capere non possit substitutus sit ab eo impuberi filio ejus, solidum ex eâ causâ capiet quasi a pupillo capiat. Sed hoc itá interpretari Julianus noster videtur, ut ex bonis quæ testatoris fuerant ampliùs capere non possit ; quod si pupillo aliquid præterea adquisitum esset, aut si exheredatò esset substitutus, non impediri eum capere quasi a pupillo capiat* (4). Pour comprendre ce texte, on peut supposer que le testateur a institué son fils impubère et lui a substitué un *orbus* qui est l'allié du fils sans être celui du père : suivant Julien, à la mort du fils, le substitué ne pourra prendre que moitié dans les biens qui viennent du père.

Certains jurisconsultes admettaient cependant que l'hérédité du fils n'est qu'une sorte de dépendance de l'hérédité du père, en ce

(1) Même L. 10, § 1.
(2) L. 2 § 2, D., *De hered. vel act. vend.* (18, 4)
(3) L. 11, D., *De vulg. et pup. subst.*
(4) L. 6 *eod. Tit.*

sens du moins que, l'hérédité du père ayant une fois été recueillie par celui qui est en même temps institué et substitué, l'hérédité du fils lui arrive forcément, *jure accrescendi* (1).

— Nous savons déjà que le testateur qui veut nommer un substitué pupillaire peut s'y prendre de telle manière que le substitué lui-même ignore pendant la vie de l'enfant qu'il est appelé éventuellement à recueillir sa succession. Le moyen que le testateur doit employer dans ce but est indiqué très-clairement par Gaius (Comment. II, § 181); Justinien, sur ce point, n'a fait qu'abréger le texte de Gaius (2).

— Quelles sont précisément les personnes auxquelles le testateur peut donner un substitué pupillaire ? Nous disons, en termes généraux, que ce sont les mêmes personnes auxquelles il peut donner un tuteur (3). Ainsi, le testateur peut donner un substitué pupillaire à l'impubère qui est actuellement sous sa puissance et qui doit devenir *sui juris* par sa mort, au *postumus suus* proprement dit et au posthume Velléien. Le testateur n'a pas besoin d'instituer l'enfant à qui il donne un substitué; il peut également l'exhéréder, et dans ce cas l'hérédité que l'impubère laisse à son substitué se compose de ce qui peut lui avoir été donné, des successions qu'il peut avoir recueillies, depuis qu'il est *sui juris* (4). — Il faut seulement remarquer que, dans le cas où le testateur veut exhéréder l'enfant, l'institution doit venir avant la substitution. En effet, Ulpien pose en règle générale que le testateur doit d'abord *sibi heredem scribere;* mais le jurisconsulte ajoute que, pourvu que le fils soit institué, la substitution peut figurer en première ligne dans le testament (5).

Lorsqu'un impubère a été adrogé, il peut se présenter quelque chose de particulier : il peut se faire que les biens qu'il laisse au jour de sa mort passent à deux personnes substituées par deux testateurs distincts. Titius avait de son mariage un enfant; il a fait

(1) Neratius, L. 59, D., *De adq. vel om. hered.* Je reviendrai bientôt sur ce texte.

(2) Inst., § 3 *De pupill. subst.*

(3) Comp., ci-dessus, p. 333 et suiv.

(4) Inst., § 4 *De pup. subst.*

(5) L. 2 §§ 4-6, D., *De vulg. et pup. subst.*

son testament, a institué pour héritier son enfant et lui a donné un substitué pupillaire. L'enfant encore impubère est devenu *sui juris* par la mort de Titius ; puis il s'est donné en adrogation à Sempronius, toujours *antè pubertatem*. Sempronius fait son testament : comme Titius, il institue l'enfant pour héritier et lui donne un substitué pupillaire. A la mort de Sempronius, l'enfant redevient *sui juris ;* puis lui-même meurt, n'étant pas encore pubère. Que ferons-nous de son hérédité ? Le substitué nommé par l'adrogeant va la prendre ; mais, en vertu de la promesse que l'adrogeant a dû faire à un *servus publicus* ou à un *tabularius* (1), ce substitué est tenu d'en restituer une partie. Quelle est précisément cette partie ? Les jurisconsultes romains eux-mêmes ont hésité sur ce point, comme l'atteste un passage curieux d'Ulpien. On peut d'abord soutenir que le substitué donné par l'adrogeant garde tout ce qui provient de l'adrogeant, et qu'il doit seulement restituer au substitué donné par le père naturel ce que l'impubère aurait eu *si adrogatus non esset*. Il paraît que certains jurisconsultes voulaient que la restitution comprît même la quarte *quam omnimodo, ex rescripto Divi Pii, adrogator debuit impuberi relinquere :* leur idée était sans doute que l'impubère tient cette quarte, non de l'adrogeant, mais de la loi. Scévola combattait cette opinion, et permettait au substitué nommé par l'adrogeant de garder la quarte comme les autres biens de l'adrogeant ; Ulpien reconnaît que la doctrine de Scévola est conforme aux principes, *habet rationem*. Le même jurisconsulte Ulpien ajoute que, suivant lui, le substitué nommé par l'adrogeant doit même être autorisé à garder tout ce que l'impubère a pu acquérir *beneficio adrogatoris*, par exemple ce qui lui aurait été laissé par un ami ou par un parent de l'adrogeant (2).

— Nous savons déjà que la substitution pupillaire ne peut subsister qu'autant que le père a fait pour lui-même un testament valable et qui produit son effet. Comme le dit Justinien, *liberis suis testamentum nemo facere potest nisi et sibi faciat : nàm pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeò ut, si patris*

(1) Voy., ci-dessus, p. 304.
(2) L. 10 § 6, D., *De vulg. et pup. subst.*

testamentum non valeat, nec filii quidem valebit (1). Cela est tellement vrai que, si l'héritier institué par le père ne fait pas adition, cas auquel on dit que le testament du père est *destitutum*, la substitution s'évanouit (2). — Par exception, le militaire peut faire le testament de son fils sans faire le sien propre (3). D'où la conséquence que, si le militaire a fait son propre testament en faisant celui de son fils, le sien peut être infirmé sans que cela entraîne l'infirmation de la substitution pupillaire (4).

Du reste, même en supposant le père *paganus*, les jurisconsultes romains paraissent avoir admis en principe qu'un effet quelconque conservé au testament paternel suffit pour maintenir la substitution. Ainsi, supposons que le père a institué pour héritier l'enfant impubère ; celui-ci s'abstient de l'hérédité testamentaire et demande la *bonorum possessio ab intestat* : en cas pareil, le Préteur maintient les legs contenus dans le testament (5). Cette efficacité donnée au testament du père suffit pour empêcher que la substitution ne s'évanouisse : *Planè*, dit Ulpien, *si, omissâ causâ principalis testamenti, ab intestato possideatur hereditas, dicendum est et pupillo substitutum servandum* (6). — De même, si nous supposons que, le père ayant exhérédé son fils impubère, celui qu'il avait institué commence par répudier, puis, en sa qualité de mineur de 25 ans, se fait restituer *in integrum* contre sa répudiation, cette *restitutio* par lui obtenue profitera au substitué : *Ego*, dit encore Ulpien, *etiamsi minor viginti quinque annis adeundæ hereditatis causâ fuerit restitutus, puto proficere secundis tabulis, ut Prætor utiles actiones decernat substituto* (7). — Enfin, si le testateur, outre le fils impubère à qui il a donné un substitué, avait un fils émancipé qu'il a omis, la *bonorum possessio contrà tabulas* à laquelle il y a lieu n'empêche pas le testament de conserver une certaine existence en droit civil :

(1) Inst., § 5 *De pup. subst.*

(2) Ulpien, L. 2 § 1, D., *De vulg. et pup. subst.*

(3) Testant ainsi pour son fils, il n'a pas besoin d'observer les formes ; et le testament vaut, pourvu qu'il meure *vel in militiâ vel intrà annum militiæ*. Voy. Ulpien, même L. 2 § 1, et L. 15 § 5 *De test. mil.*

(4) Tryphoninus, L. 41 § 5, D., *De test. mil.*

(5) Ulpien, L. 1 § 7, D., *Si quis omissâ causâ testam.* (29, 4).

(6) Même L. 2 § 1, *in fine*, D., *De vulg. et pup. subst.*

(7) L. 2 § 3 *eod. Tit.*

donc, *etiamsi contrà patris tabulas bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris valet...* (1).

— Le testateur qui a plusieurs enfants impubères peut donner un substitué à chacun d'eux ; il peut aussi n'en donner un qu'au dernier mourant. Il prendra le premier parti s'il veut qu'aucun de ses enfants ne meure intestat ; il prendra l'autre s'il veut que ses enfants se succèdent d'abord entre eux (2). — Du reste, même dans la deuxième hypothèse, il peut arriver que le substitué se trouve appelé à recueillir directement l'hérédité de tous les enfants. Il n'y a qu'à supposer que tous périssent dans le même événement (3).

— Il n'est pas nécessaire que le testateur désigne le substitué par son nom. Il peut dire, par exemple : *Quisquis mihi heres erit, et filio impuberi mortuo heres esto.* Dans ce dernier cas, pour venir à l'hérédité du fils, il faut avoir été institué, avoir été appelé à l'hérédité du père et y être effectivement venu. Si nous supposons qu'il y a plusieurs institués et qu'ils sont institués pour parts inégales, ils pourront tous venir à la substitution, et la part que chacun prendra dans l'hérédité du fils sera proportionnelle à la part qu'il aura prise dans l'hérédité du père. On applique donc ici un principe analogue à celui que nous avons vu suivi en matière de substitution vulgaire réciproque : *Si nullam mentionem partium in substitutione testator habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse quas in institutione partes expressit* (4).

Lorsque le testateur a désigné le substitué en ces termes, *Quisquis mihi heres erit,* il peut se faire qu'une personne qui a recueilli l'hérédité du père n'ait aucun droit à celle du fils. Ainsi l'esclave Stichus avait été institué ; à la mort du père, il a fait adition par l'ordre de son maître, et ce maître a ainsi recueilli l'hérédité du père : aujourd'hui, le fils venant à mourir impubère, si Stichus n'appartient plus au même maître, s'il a été affranchi ou aliéné, lui seul, comme *scriptus* et par conséquent comme substitué, peut

(1) Africain, L. 34 § 2 *eod. Tit.*
(2) Florentinus, L. 37 *eod. Tit.*; Inst., § 6 *De pup. subst.*
(3) Africain, L. 34 pr. *eod. Tit.*
(4) Inst., § 7 *De pup. subst.* Comp. § 2 *De vulg. subst.*

faire adition de l'hérédité du fils, et c'est pour lui-même ou pour son nouveau maître qu'il l'acquerra, non pour celui qui a recueilli l'hérédité du père (1). — Que décider si l'institué, qui est venu à l'hérédité du père, était déjà mort lorsque s'ouvre l'hérédité du fils? D'après Paul et d'après Ulpien, l'héritier de cet institué n'a pas droit de venir, comme substitué, à l'hérédité du fils, attendu que ce n'est pas lui qui a été appelé à l'hérédité du père : *Paucis speciebus*, dit Paul, *heredis appellatio proximum continet : veluti in substitutione impuberis*, QUISQUIS MIHI HERES ERIT, IDEM FILIO HERES ESTO, *ubi heredis heres non continetur, quia incertus est* (2). Mais le jurisconsulte Neratius se plaçait à un tout autre point de vue. Pour lui, l'hérédité du fils n'est qu'une dépendance de l'hérédité du père : en conséquence, à la mort du fils, son hérédité doit aller *jure adcrescendi* là où se trouve l'hérédité du père. *Qui patri heres exstitit*, dit Neratius, *si idem filio impuberi substitutus est*, *non potest hereditatem ejus prætermittere. Quod sic recipiendum est, etiamsi vivo pupillo mortuus erit*, *deindè pupillus impubes decesserit : nàm is qui heres exstiterit, pupillo quoque heres necessariò erit : nàm*, *si ipsum invitum obligat*, *conjungi eam paternæ hereditati*, *et adcrescendi jure adquiri cuicumque patris heredi*, *existimandum est* (3). Bien que les textes de Paul et d'Ulpien aient été insérés au Digeste, cependant Justinien semble bien avoir consacré l'opinion de Neratius. En effet, dans une Constitution de 531, après avoir constaté le doute qui existait autrefois, il ajoute : *Placuit nobis*, *sive in institutione sive in pupillari substitutione*, *ut vel omnia admittantur vel omnia repudientur*, *et necessitas imponatur heredi facto admittere pupillarem substitutionem* (4).

— La substitution pupillaire s'évanouit dès que l'enfant, devenu *sui juris* par la mort de son père, accomplit sa quatorzième ou sa douzième année (5). Du reste, le père pourrait très-bien dire qu'elle s'évanouira même auparavant, qu'elle s'évanouira par exemple si l'enfant accomplit sa dixième année. Si, à l'inverse, il avait voulu

(1) Modestin, L. 3, D., *De vulg. et pup. subst.*
(2) Paul, L. 70 pr., D., *De verb. signif.*; Ulpien, L. 8 § 1, *De vulg. et pup. subst.*
(3) L. 59, D., *De adq. vel om. hered.* Texte déjà cité ci-dessus, p. 670.
(4) L. 20, C., *De jure deliber.* (6, 30).
(5) Inst., § 8 *De pup. subst.*

prolonger l'effet de la substitution même au cas où l'enfant mourrait après l'âge de puberté, on n'annulerait pas absolument la disposition, mais on la ramènerait aux limites de la loi (1).

Voici encore d'autres cas où la substitution pupillaire s'évanouit :

1° Le testament du père est infirmé, — à moins qu'il ne s'agisse du testament d'un militaire (2).

2° L'impubère subit une *capitis deminutio*, soit avant, soit après la mort de son père. Toutefois, si après la mort de son père il se donne en adrogation, nous savons que le substitué pourra invoquer la promesse que doit faire l'adrogeant de restituer les biens à ceux qui les auraient eus sans l'adrogation.

3° D'après une Constitution des empereurs Théodose et Valentinien, le substitué perd tout droit à l'hérédité de l'impubère, s'il a laissé passer un an depuis la mort du père sans veiller à ce que l'enfant eût un tuteur (3). Il va de soi que cette pénalité ne peut atteindre le substitué qu'autant qu'à la mort du père il a connu sa qualité : autrement il n'a pas manqué à son devoir, il n'y a pas de négligence à lui reprocher.

— Le testateur qui institue un *extraneus* pubère ou impubère, comme celui qui institue son fils déjà pubère, ne peut pas, prévoyant le cas où cet institué, lui ayant survécu, viendrait ensuite à mourir avant un certain âge, lui désigner pour ce cas un héritier. Tout ce qu'il peut faire, quand il institue ainsi un autre que son enfant impubère, c'est de charger cet institué, sous telle condition que bon lui semble, de restituer son hérédité, à lui testateur, à telle personne qu'il lui désigne : *hoc solum permissum est ut eum per fideicommissum testator obliget alii hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere* (4). Quand la restitution doit se faire à la mort de l'institué, on dit souvent qu'il y a là une *substitution fidéicommissaire* (5).

(1) Pomponius, L. 14, D., *De vulg. et pup. subst.*—Voy. une décision analogue dans l'art. 1660 du Code Napoléon.

(2) Voy. ci-dessus, p. 671 et 672.

(3) L. 10, C., *De legit. hered.* (6, 58).

(4) Inst., § 9 *De pupill. subst.*

(5) Chez nous, c'est ce qu'on appelle proprement une *substitution*. Voy. l'art. 896 du Code Napoléon.

Au fond, dans les effets, quelle différence y a-t-il entre la substitution pupillaire et cette substitution fidéicommissaire? Remarquez d'abord que, dans ce dernier cas, le testateur ne donne véritablement pas un héritier à autrui : c'est toujours de ses propres biens qu'il dispose, même en nommant le substitué fidéicommissaire. Aussi, tandis qu'il peut donner un substitué pupillaire à l'enfant même qu'il exhérède, on ne comprendrait pas qu'il donnât un substitué fidéicommissaire à un autre qu'à l'héritier qu'il institue. — Mais supposons que l'enfant qui reçoit un substitué pupillaire a été institué par son père : la position est encore bien différente. Le substitué pupillaire est l'ayant-cause de l'enfant, il est lié par les actes que l'enfant a pu valablement faire, il est tenu de payer ses dettes valablement contractées ; au contraire le substitué fidéicommissaire est l'ayant-cause du disposant, les actes de l'institué ni ses dettes personnelles ne le regardent en aucune façon. De plus, le substitué pupillaire, appelé à recueillir l'hérédité de l'enfant, la recueillera tout entière comme si l'enfant lui-même l'avait institué ; au contraire le substitué fidéicommissaire, appelé à recueillir toute la succession du testateur, est exposé à subir une réduction du quart, par application du sénatusconsulte Pégasien ou de la loi Falcidie. — Voici un passage de Papinien où tout ce que je viens de dire est parfaitement indiqué : *Quod si heredem filium pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere, legitimum heredem filii salvâ Falcidiâ cogendum patris hereditatem, ut ab impubere fideicommisso post mortem ejus dato, restituere placuit* (1). On voit que, lorsqu'un père a institué son fils impubère et lui a donné un substitué pour le cas où il mourrait *antè pubertatem*, il importe de rechercher avec grand soin quelle a été son intention : il a pu faire une substitution pupillaire, il a pu aussi faire une substitution fidéicommissaire; laquelle des deux a-t-il voulu faire?

Quand le testateur est militaire, il y a quelque chose de particulier. C'est que, pour exécuter autant que possible sa volonté, si la substitution qu'il a faite comme pupillaire ne peut pas valoir comme telle, on lui donnera du moins l'effet d'une substitution

(1) L. 41 § 3, D., *De vulg. et pup. subst.*

fidéicommissaire. Je me borne sur ce point à reproduire ici la décision de Papinien : *Centurio filiis, si intrà* XXV *annum ætatis sine liberis vitâ decesserint, directò substituit : intrà* XIV *annos, etiam propria bona filio substitutus jure communi capiet ; post eam autem ætatem, ex privilegio militum, patris duntaxat, cum fructibus inventis in hereditate* (1).

3° *Substitution quasi-pupillaire ou exemplaire.*

Le fils actuellement soumis à la puissance paternelle peut être incapable de tester, pour une cause autre que l'impuberté : Paul cite le cas où il serait muet, le cas où il serait *furiosus*. Dans des cas de ce genre, le père pouvait tester pour lui, mais seulement avec la permission de l'empereur (2).

Justinien, dans une Constitution spéciale (3), a réglementé cette matière, du moins pour le cas où l'enfant est atteint de folie. Comme il le dit aux Institutes, *Constitutionem posuimus in nostro Codice quâ prospectum est ut, si mente captos habeant filios vel nepotes vel pronepotes cujuscumque sexûs vel gradûs, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere ; sin autem resipuerint, eamdem substitutionem infirmari, et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ, postquàm pupillus adoleverit, infirmatur* (4).

On aperçoit tout d'abord deux différences considérables entre cette substitution exemplaire et la substitution pupillaire :

1° Le père qui fait une substitution pupillaire peut substituer qui bon lui semble. Au contraire, dans la substitution exemplaire, comme le disent les Institutes, le testateur doit *substituere certas personas.* Sans doute, s'il n'a pas d'autre descendant que celui dont il fait le testament, il est libre dans le choix du substitué. Mais si cette personne en démence a elle-même de la postérité, le testateur doit lui substituer un ou quelques-uns de ses descendants ou tous ses descendants; et, si cette personne n'a point de postérité,

(1) L. 15, *eod. Tit.* Comp. Ulpien, L. 5, et Tryphoninus, L. 41 § 4, D., *De test. mil.;* Dioclétien et Maximien, L. 8, C., *De impub. et aliis subst.* (6, 26).

(2) L. 43 pr., D., *De vulg. et pup. subst.*

(3) L. 9, C., *De impub. et aliis subst.*

(4) § 1 *De pup. subst.*

mais qu'elle ait des frères ou sœurs qui descendent également du testateur, celui-ci doit substituer ces frères ou sœurs ou quelques-uns ou même un seul d'entre eux.

2° Le droit de faire une substitution pupillaire est un attribut de la puissance paternelle. Au contraire, Justinien disant que l'ascendant peut donner un substitué à son descendant en démence, sans distinction de sexe et de degré, il en résulte évidemment que, pour faire cette substitution exemplaire, il n'est pas besoin d'avoir la puissance paternelle.

Ici se présente une difficulté véritable. Lorsqu'un homme en démence a plusieurs ascendants, chacun de ces ascendants peut lui donner un substitué : alors quel sera le droit des différents substitués ? Je crois qu'il faut nécessairement arriver à reconnaître qu'ici chacun des substitués n'a droit, dans la succession, qu'aux biens provenus de l'ascendant qui l'a nommé (1).

DE L'INFIRMATION DU TESTAMENT.

Un testament *jure factum*, régulier dans le principe, peut être infirmé, c'est-à-dire perdre sa force par une circonstance ultérieure. *Testamentum jure factum*, dit Justinien, *usque adeò valet donec rumpatur irritumve fiat* (2). Un testament est donc infirmé, soit parce qu'il est *ruptum*, soit parce qu'il devient *irritum*. Il faut ajouter le cas où il est *destitutum*, c'est-à-dire le cas où personne ne recueille la succession en vertu de ce testament. Du reste, Papinien semble faire rentrer ce dernier cas dans le cas du *testamentum irritum* (3). C'est bien aussi le langage d'Ulpien : *Irritum fit testamentum*, dit-il, *si testator capite deminutus fuerit, aut si, jure facto testamento, nemo exstiterit heres* (4).

Occupons-nous successivement du cas où le testament est *ruptum* et du cas où il devient *irritum*. Nous rechercherons ensuite si le

(1) C'est l'opinion que défend M. de Vangerow, et qu'il défend avec une très-grande force (*Lehrbuch*, t. II, § 456).
(2) Inst., pr. *Quib. mod. testam. infirm.* (II, 17).
(3) L. 1, D., *De inj. rupto* (28, 3).
(4) *Fragm.*, XXIII, § 4.

testament *ruptum* ou *irritum* ne peut avoir absolument aucune espèce d'effet.

1° *Du testament rompu.*

Un testament est rompu dans deux circonstances distinctes. *Rumpitur testamentum,* dit Ulpien, *mutatione, id est si posteà aliud testamentum jure factum sit; item agnatione, id est si suus heres agnascatur, qui neque heres institutus neque ut oportet exheredatus sit* (1).

I. Nous savons déjà que, dans l'ancien droit, le testament est rompu par l'*agnatio* d'un *suus* qui n'a été ni institué ni exhérédé dans ce testament. Voici, d'après Ulpien, les cas dans lesquels se produit cette *agnatio sui :* la femme du testateur ou sa bru accouche d'un enfant légitime, sans distinguer si c'est du vivant du testateur ou après sa mort, en supposant seulement, quand c'est la bru qui accouche ainsi, que l'enfant n'est pas précédé par son père ; — le testateur adopte un enfant, ou il acquiert la *manus* sur sa femme; — le testateur perd son fils, de telle sorte qu'un petit-enfant né de ce fils *succedit in locum patris sui;*— enfin, le testateur ayant mancipé son fils, celui qui avait le fils *in mancipio* l'affranchit, ce qui le fait retomber sous la puissance paternelle (2). Gaius cite également le cas où le testateur adopte un enfant, le cas où il se trouve avoir la *manus* sur sa femme, et le cas où son fils, qui était *in mancipio* lors de la confection du testament, revient ensuite sous sa puissance à la suite d'une *manumissio.* Gaius fait remarquer que, dans tous ces cas, si celui qui acquiert la qualité de *suus* avait été institué par le testateur avant de l'avoir acquise, cela n'empêcherait pas la rupture du testament : en effet, suivant Gaius, il faut être institué en qualité de *suus* (3). Du reste, cette doctrine rigoureuse a bientôt été abandonnée, sans doute par extension du système de la loi Junia Velleia (4) : *Si qui heres institutus est*, dit Scévola, *a testatore adrogetur, potest dici satis ei factum* (5).

(1) *Fragm.*, XXIII, § 2.
On voit que la rupture ne tient jamais à un changement d'état du testateur. *Rumpitur testamentum cùm, in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur* (Inst., § 1 *Quib. mod. test. inf.*).
(2) *Fragm.*, XXIII, § 3.
(3) Gaius, II, §§ 138-141.
(4) Voy. ci-dessus, p. 631 et 632.
(5) L. 18, D., *De inj. rupto.* Voy. aussi Papinien, L. 23 § 1 *De lib. et post.*

Gaius parle encore d'une cause de rupture qui pouvait avoir lieu en cas d'*erroris causæ probatio*. Un citoyen romain a épousé par erreur une pérégrine ou une latine qu'il croyait *civis romana*; dans son testament, il a institué ou exhérédé l'enfant issu de cette union: Anciennement, dit Gaius, que l'*erroris causæ probatio* eût lieu de son vivant ou après sa mort, *omnimodo quasi agnatione rumpebat testamentum*. En vertu d'un Sénatusconsulte rendu sur la proposition d'Adrien, si elle a lieu *vivo patre*, l'ancienne règle est maintenue; mais, si elle a lieu *post mortem patris*, le testament n'est point rompu, *ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore quo renovari non possent* (1).

Dans le droit de Justinien, nous savons déjà que le testament est rompu par la naissance d'un *postumus suus* qui n'a été ni institué ni exhérédé. Il est également rompu si le testateur adroge un enfant, ou s'il adopte *per Prætorem* celui dont il est déjà l'ascendant (2). Enfin, il est très-probable que la légitimation d'un enfant naturel emporte également rupture du testament du père.

II. Le testament est rompu lorsque le testateur en fait un nouveau, pourvu que celui-ci soit régulier. *Posteriore testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur* (3).

Il y a un cas où le deuxième testament, bien qu'*imperfectum*, aurait néanmoins la puissance d'infirmer le premier. Je ne veux pas parler du cas où le testateur, étant militaire, fait le deuxième testament sans observer les formes du droit commun : du moment que la volonté du militaire est certaine, un deuxième testament est véritablement *perfectum*. Mais je veux parler du cas où le testateur, par un acte informe, a institué précisément son héritier légitime. *Tunc prius testamentum rumpitur*, dit Ulpien, *cùm posterius ritè perfectum est, nisi fortè.... in posteriore scriptus est qui ab intestato venire potest : tunc enim, et posteriore non perfecto, superius rumpitur* (4).

Du reste, il est de principe général que, par cela même que le

(1) Gaius, II, §§ 142-143.

(2) Inst., § 1 *Quib. mod. test. inf.*

(3) Inst., § 2 (au commencement) *eod. Tit.*

(4) L. 2, D., *De inj. rupto.* Voy. aussi Théodose et Valentinien, L. 21 § 3, C., *De testam.* (6, 23).

deuxième testament est régulier, par cela même qu'on peut espérer qu'en vertu de ce deuxième testament la succession sera déférée, il n'en faut pas davantage pour que le premier testament se trouve rompu. Comme le disent Gaius et Justinien, *non interest exstiterit aliquis heres ex eo, an non : hoc enim solum spectatur an aliquo casu existere potuerit*. Ainsi, le deuxième testament étant *destitutum*, le premier n'en est pas moins rompu et par conséquent l'hérédité passe aux héritiers légitimes. Cela se présente, soit lorsque l'héritier institué dans le deuxième testament ne peut ou ne veut venir à l'hérédité, soit spécialement lorsque la condition insérée dans ce deuxième testament ne s'accomplit pas (1). Il faut seulement supposer une véritable condition, c'est-à-dire un événement futur et incertain. Supposez qu'il est dit dans le deuxième testament : « Que Titius soit mon héritier si tel événement est arrivé hier. » L'événement n'étant pas arrivé, le premier testament n'est point rompu : car, à vrai dire, il n'a jamais existé un deuxième testament (2). Il en serait de même si l'institution dans le deuxième testament était subordonnée à la pure volonté d'un tiers, le testateur ayant dit : *Si Titius voluerit*, *Sempronius heres esto* (3).

Gaius citait deux autres cas dans lesquels le premier testament est rompu par le deuxième, bien que personne n'arrive en vertu de celui-ci à l'hérédité testamentaire. C'est d'abord le cas où le deuxième institué *per cretionem exclusus fuerit ;* c'est ensuite le cas où ce deuxième institué, *propter cœlibatum*, *ex lege Juliâ*, *summotus fuerit ab hereditate* (4). Arrêtons-nous un instant sur ces deux cas, qui ne peuvent plus se présenter dans le droit de Justinien :

1° Un homme qui a déjà fait un testament en fait un deuxième, qui contient ceci : *Heres Titius esto ; cernitoque in centum diebus proximis quibus scies poterisque : quodni ità creveris*, *exheres esto* (5).

(1) Inst., § 2 *Quib. mod. test. inf.*
(2) Pomponius, L. 16, D., *De inj. rupto.*
(3) LL. 32 pr. et 68, D., *De hered. inst.* Voy. ci-dessus, p. 655.
(4) Gaius, II, § 144.
(5) Gaius, II, § 165.—Je suppose une *cretio vulgaris*, par opposition à la *cretio continua* ou *certorum dierum* (voy. Gaius, II, §§ 171-173). Du reste, que le testateur ait employé l'une ou l'autre, le résultat qui nous occupe en ce moment peut également se produire.

A l'instant même où est fait ce deuxième testament, le premier se trouve rompu ; et pourtant, si Titius laisse passer les cent jours sans prononcer les paroles solennelles de la *cretio*, il sera exclu de l'hérédité testamentaire (1).

2° Un homme qui a déjà fait un testament en fait un deuxième dans lequel il institue pour héritier un *cœlebs*. Le premier testament est rompu : car le *cœlebs* peut très-bien acquérir en temps utile le *jus capiendi* qui actuellement lui fait défaut et venir alors à l'hérédité testamentaire. Mais, si le délai de la *cretio* expire sans que la position de cet institué ait changé, il sera écarté de l'hérédité en vertu de la loi Julia, et le défunt se trouvera intestat. — Personne ici n'a-t-il donc le *jus caduca vindicandi?* Non : ce droit n'existe qu'autant que le testament est soutenu par quelque institué ayant le *jus capiendi*. Supposons, par exemple, deux institués, tous deux *cœlibes*, mais l'un proche parent ou allié du testateur ; ou bien supposons un seul institué *orbus* : ici une partie de l'hérédité est caduque : elle pourra être revendiquée par un *legatarius pater* s'il en existe, ou, à défaut, par l'*ærarium* (2). Mais, lorsqu'il ne se trouve aucun institué ayant le *jus capiendi*, c'est purement le cas d'un testament *destitutum*, et la succession est déférée aux héritiers *ab intestat*.

Voici un dernier cas, qui peut se présenter encore dans le droit de Justinien, où le premier testament est rompu par un deuxième et où la succession est déférée *ab intestat*. Supposez un premier testament fait *jure communi;* le testateur, étant militaire, étant même en campagne, en fait un deuxième sans observer les formes du droit commun : le premier est rompu, car on peut espérer que l'hérédité sera déférée en vertu du deuxième. Mais si le testateur vit plus d'un an après avoir obtenu son congé, la personne instituée dans ce testament militaire aura perdu le droit de venir à l'hérédité (3).

(1) Gaius, II, §§ 166 et 168. Voy. aussi les *Fragm. d'Ulpien*, XXII, §§ 25 et suivants.

(2) On trouve une application curieuse de cette idée dans les *Fragm. d'Ulpien*, I, § 21. J'aurai occasion d'y revenir.

(3) Paul, L. 36 § 4, D., *De test. mil.*

— Supposons qu'un citoyen, après avoir institué Primus dans un premier testament, en fait un deuxième, dans lequel il institue Secundus, mais seulement *ex certis rebus*. Nous savons que, lorsqu'il n'y a dans un testament qu'un seul institué, la mention ainsi faite de certains objets doit être tenue pour non écrite (1). Donc, dans le cas qui vient d'être indiqué, il faut décider en principe que le premier testament est rompu et que Secundus a droit à toute l'hérédité. Toutefois, s'il apparaissait clairement que la volonté du testateur, en faisant le deuxième testament, a été que Secundus prît seulement les *certæ res* pour lesquelles il l'institue, et que Primus eût le surplus de la succession, voici ce qu'on pourrait dire : « Le premier testament est rompu, il n'y a pas d'autre héritier direct que Secundus; mais il existe, au profit de Primus, un fidéicommis, en vertu duquel Primus peut se faire remettre par Secundus toute la succession, moins les *certæ res* pour lesquelles celui-ci a été institué. » Et c'est précisément ce qui avait été décidé par un rescrit des empereurs Sévère et Antonin, dont le texte, reproduit par le jurisconsulte Marcien (2), se trouve également aux Institutes (3) : après avoir dit que le deuxième testament *perindè iure valet ac si rerum mentio facta non esset*, les empereurs ajoutent que, dans l'espèce, sans aucun doute Secundus devra restituer la succession à Primus, *propter inserta fideicommissaria verba*, *quibus, ut valeret prius testamentum*, *expressum est* (4). — De même qu'en vertu de la loi Falcidie l'héritier chargé de legs n'est tenu de les fournir que jusqu'à concurrence des trois quarts de la succession, de même en vertu du Sénatusconsulte Pégasien, l'héritier grevé d'un fidéicommis a droit de retenir par-devers lui un quart de la succession. Donc, dans notre espèce, si les *certæ res* pour lesquelles Secundus a été institué ne représentent pas le quart des valeurs héréditaires, Secundus pourra faire subir une réduction à Primus, de manière à se compléter le quart auquel il a droit. C'est ce que

(1) Voy., ci-dessus, p. 649.
(2) L. 29, D., *Ad senatusc. Trebell.* (36, 1).
(3) § 3 *Quib. mod. test. inf.*
(4) S'il y avait dans le premier testament des legs, des fidéicommis, des affranchissements, tout cela devrait également être exécuté. Voy. Ulpien, L. 12 § 1, D., *De inj. rupto.*

les empereurs expriment quand ils disent : ...*teneri heredem scriptum ut, contentus rebus sibi datis, aut suppletâ quartâ ex lege Falcidiâ, hereditatem restituat...*

La décision qui précède n'a rien de contraire aux principes généraux du droit. En voici une dans laquelle les principes me paraissent avoir été mis de côté : Un homme avait institué *ex asse* Pactumeia Magna et lui avait substitué son père Pactumeius Magnus; celui-ci ayant été tué, le bruit se répandit que l'instituée aussi était morte. Le testateur fit alors un nouveau testament, ainsi conçu : *Quia heredes, quos volui habere mihi, continere non potui, Novius Rufus heres esto.* Cependant Pactumeia Magna n'était pas morte. Elle reparait après la mort du testateur, et s'adresse à l'empereur pour obtenir l'hérédité. Le premier testament était bien réellement rompu : car, ainsi que le remarque Paul, le *falsus modus* contenu dans le deuxième, d'après les principes, ne viciait pas l'institution de Novius Rufus. Cependant l'empereur, pensant qu'il y a lieu de venir au secours de Pactumeia Magna *ex voluntate testantis*, prononce que c'est à elle qu'appartient l'hérédité, que toutefois elle devra payer les legs contenus dans le deuxième testament, *perindè atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta* (1).

2° *Du testament* irritum.

Un testament, régulièrement fait, devient *irritum* lorsque le testateur subit une *capitis deminutio* (2).

Par lui-même, le mot *irritus* veut dire simplement *inutile, sans valeur*. Donc un testament nul dès le principe, ou infirmé soit par la survenance d'un *heres suus*, soit par la confection d'un nouveau testament, aurait très-bien pu être qualifié d'*irritum*. Et réciproquement, quand le testament est infirmé par suite d'une *capitis deminutio* que souffre le testateur, on aurait très-bien pu dire que ce testament est rompu, *ruptum*. Mais il est commode d'avoir un mot spécial pour chaque hypothèse ; et le mot *irritum* a été parti-

(1) Paul, L. 92, D., *De hered. instit.*
(2) Gaius, II, § 145; Inst., § 4 *Quib. mod. test. inf.*

culièrement réservé à l'hypothèse où celui qui a fait un testament régulier vient ensuite à être *capite minutus* (1).

En principe, pour que le testament devienne *irritum,* il faut nécessairement que le testateur, avant de mourir, ait été *capite minutus*. Toutefois, dans les cas particuliers où un homme peut être condamné après sa mort, où l'on condamne sa mémoire, par exemple *ex causâ majestatis*, c'est seulement après la mort du testateur que le testament devient *irritum* (2).

Quand le testateur est pris par l'ennemi, on ne le considère pas comme subissant la *maxima capitis deminutio*, et, par conséquent, son testament ne devient pas *irritum*. Ou le testateur revient à Rome, et alors il se trouve *jure postliminii* que le testament est resté intact; ou le testateur meurt *apud hostes*, et alors, par le bénéfice de la loi Cornélia, c'est comme s'il était mort au moment où il a été fait prisonnier, à un moment où il n'avait pas encore perdu la qualité de citoyen (3). — On peut comparer à l'effet du *postliminium* celui de l'*in integrum restitutio* accordée par l'empereur à l'individu qui avait été *damnatus capite : testamentum ejus convalescit*. Mais il n'y a pas similitude absolue entre les deux cas.

En général, lorsqu'un individu est *capite damnatus*, comme il devient *servus pœnæ*, son testament se trouve *irritum* à l'instant même où la sentence est prononcée. Il en serait autrement s'il s'agissait d'un militaire condamné *ex militari delicto :* l'empereur Adrien ayant permis que ce militaire puisse tester, Ulpien en conclut que le testament qu'il aurait fait avant sa condamnation ne doit pas être considéré comme infirmé (4). — L'individu condamné à la déportation n'encourt la *media capitis deminutio*, à moins qu'il n'ait été condamné par le Préfet de la ville, qu'après que l'empereur a confirmé la condamnation : ce n'est qu'alors aussi que son testament devient *irritum* (5).

(1) Gaius, II, § 146; Inst., § 5 *Quib. mod. test. inf*

(2) Ulpien, L. 6 § 11, D., *De inj. rupto*. — Quand un homme est ainsi condamné après sa mort comme *perduellionis reus,* son hérédité est revendiquée par le fisc : Ulpien, L. 11 *Ad leg. Jul. majest.* (48, 4).

(3) Ulpien, même L. 6, § 12, *De inj. rupto*; *Fragm.*, XXIII, § 5; Inst., § 5 *Quib. non est perm. fac. test.* (II, 12).

(4) Même L. 6, § 6, *De inj. rupto.*

(5) Même L. 6, § 7. Voy. aussi L. 2 § 1 *De pœnis* (48, 19)

Si nous supposons un homme qui, ayant commis un crime capital, se donne la mort *ob conscientiam criminis*, bien qu'il meure *in civitate*, avant d'avoir été atteint par aucune *capitis deminutio*, des Constitutions impériales décident que son testament est *irritum* (1).

Lorsqu'un fils de famille, militaire ou vétéran, a testé sur son pécule *castrens*, vainement vient-il à encourir la *minima capitis deminutio*, son testament subsiste. Du reste, les jurisconsultes romains n'expliquaient pas tous de la même manière ce résultat. Marcien dit que le testament vaut *quasi ex novâ voluntate*. Suivant ce jurisconsulte, le testament a bien été infirmé par la *capitis deminutio*; mais le militaire, étant dispensé de l'observation des formes, est réputé l'avoir refait immédiatement (2). Au contraire, Ulpien se borne à dire que le testament d'un militaire ou d'un vétéran ne devient pas *irritum* par l'émancipation (3). Il faut remarquer que l'explication un peu subtile de Marcien ne peut aucunement être admise quand c'est un vétéran qui est *capite minutus*, puisque le vétéran n'est point dispensé de l'observation des formes, ni même, dans le droit de Justinien, quand c'est un militaire *non in expeditione occupatus*. Ce qui est très-bizarre, c'est que, comme nous allons le voir, les rédacteurs des Institutes ont reproduit à la fois les deux explications, sans s'apercevoir qu'elles s'excluaient l'une l'autre. Constatons tout d'abord que, si un militaire *paterfamiliâs* avait testé seulement sur ses *res castrenses*, comme cela lui est parfaitement permis, ce testament ne serait nullement infirmé parce que le testateur se donnerait ensuite en adrogation (4). Revenons maintenant aux Institutes. Après avoir dit que, si un homme a fait un testament irrégulier, et si, devenu militaire, il manifeste la volonté de valider ce testament, le testament se trouvera effectivement valable, on ajoute : *Denique, et si in adrogationem datus fuerit miles, vel filiusfamiliâs emancipatus est, testamentum ejus, quasi militis ex novâ voluntate valet, nec videtur capitis deminutione irritum*

(1) Même L. 6 § 7.

(2) L. 22, D., *De test. mil.*

(3) L. 6 § 13 *De inj. rupto*. En effet, quant à son pécule castrens, le testateur était déjà *paterfamiliâs*.

(4) Tertullien, L. 23, D., *De test. mil.*

fieri (1). Du moment qu'on admet que le testament n'est pas devenu *irritum* par *capitis deminutio*, il n'y a pas lieu de parler de la *nova militis voluntas :* le militaire n'eût-il pas songé un seul instant à son testament depuis qu'il s'est donné en adrogation, le testament n'en vaudrait pas moins.

3° *Si le testament* injustum, ruptum *ou* irritum, *ne peut jamais avoir aucun effet.*

Un testament qui, d'après le droit civil, est *injustum, ruptum* ou *irritum*, ce testament peut valoir en droit prétorien, de telle sorte que l'héritier institué obtiendra la *bonorum possessio secundùm tabulas*.Ce principe est exprimé, en termes généraux par Gaius, et, après lui, par Justinien (2). Mais reprenons successivement les trois hypothèses.

1° Testament *injustum.* — Une femme en tutelle fait son testament sans l'*auctoritas tutoris*. En droit civil, ce testament est nul; mais, pourvu qu'il porte l'empreinte du cachet de sept témoins, le Préteur donnera aux héritiers institués la *bonorum possessio secundùm tabulas*. — Il en est de même toutes les fois que *aliâ ex causâ testamentum non valeat, velut quòd familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit* (3).

2° Testament *ruptum.* — Un homme ayant fait son testament, il lui naît un enfant qu'il n'a ni institué ni exhérédé. Le testament est rompu, et, en droit civil, il restera sans valeur quoi qu'il arrive. Mais le Préteur, si l'enfant dont il s'agit vient à mourir avant son père, si de plus *signatum fuerit testamentum*, donne à l'héritier institué la *bonorum possessio secundùm tabulas* (4). — De même lorsqu'un premier testament ayant été rompu par la confection d'un deuxième, le testateur a ensuite détruit celui-ci (5).

3° Testament *irritum.* — Le testateur a subi la *minima capitis deminutio :* en droit civil, le testament est définitivement annulé. Mais, si ce testament a été *septem testium signis signatum* et qu'au

(1) Inst., § 5 *De milit. testam.*
(2) Gaius, II, § 147 (au commencement); Inst., § 6 *Quib. mod. test. inf.*
(3) Gaius, II, §§ 118 et 119.
(4) Ulpien, L. 12 pr., D., *De inj. rupto.*
(5) Papinien, L. 11 § 2 *De bon. poss. sec. tab.* (37, 11).

moment de sa mort le testateur soit *civis romanus et suæ potestatis*, Gaius et Justinien disent que l'héritier institué peut obtenir la *bonorum possessio secundùm tabulas* (1). — Il résulte du texte de Gaius, reproduit aux Institutes, que, si le testateur avait perdu la liberté ou la cité, il ne pourrait pas être question de donner à l'institué la *bonorum possessio secundùm tabulas*. Toutefois nous savons que l'empereur, en accordant à un condamné l'*in integrum restitutio*, fait revivre par là même le testament qui était devenu *irritum*.

— Lorsque le Préteur accorde la *bonorum possessio*, il l'accorde tantôt *cum re* et tantôt *sine re*. On dit qu'il l'accorde *cum re* lorsqu'il promet de garantir le *bonorum possessor* contre les prétentions de celui qui *jure civili* a droit à l'hérédité. La *bonorum possessio secundùm tabulas*, accordée dans les différents cas qui viennent d'être indiqués, est-elle accordée *cum re* ou *sine re?* La question sera examinée plus tard (2). Pour le moment je me borne à dire qu'il résulte des textes qu'en principe cette *bonorum possessio* est donnée *sine re* (3).

Les Institutes, à la fin du Titre *Quib. mod. testam. infirm.*, s'occupent d'un Sénatusconsulte qui avait été rendu sur la proposition de l'empereur Pertinax, prédécesseur de Septime Sévère.

D'après une première disposition de ce Sénatusconsulte, un testament valablement fait ne peut pas être infirmé par cela seul que le testateur a eu la volonté de le révoquer, eût-il même commencé un deuxième testament destiné à le rompre : *nàm imperfectum testamentum sine dubio nullum est* (4). — Cette règle, restée vraie dans le droit Justinien, doit cependant être rapprochée de celle que contient une Constitution de l'an 530. Théodose le Jeune avait décidé que le testament deviendrait nul si le testateur ne mourait pas

(1) Gaius, II, § 147 ; Inst., § 6 *Quib. mod. test. inf.*

(2) A propos du Titre *De bonor. poss.* (Inst., III, 9).

(3) Voici les principaux textes : Gaius, II, §§ 148 et 149, 119-122 ; — Papinien, L. 11 § 2, D., *De bon. poss. sec. tab.*; — Ulpien, *Fragm.*, XXIII, § 6, et XXVIII, § 13; L. 12 pr., D., *De inj. rupto.*

(4) Inst., § 7 *Quib. mod. test. inf.* Il est à remarquer que dans ce texte on parle de *tabulæ irritæ* là où le mot propre eût été *ruptæ*.

dans les dix ans à dater de la confection de ce testament (1). Justinien veut que la seule expiration du délai de dix ans ne suffise plus; mais il admet que le testament doit tomber lorsque, à cette circonstance que dix ans se sont écoulés, se joint celle que le testateur a manifesté l'intention de le révoquer : *irritum est testamentum tàm ex contrariâ voluntate quàm ex cursu temporali* (2).

Dans l'*oratio* qui précède le même Sénatusconsulte, l'Empereur déclare qu'il n'acceptera pas certaines successions. Il n'acceptera pas la succession qui lui serait laissée *litis causâ*, parce que le testateur, ayant un procès avec Titius, a voulu lui susciter dans la personne de l'Empereur l'adversaire le plus redoutable. Il n'acceptera pas non plus celle qui lui serait laissée dans des *tabulæ non legitimè factæ*, le testateur ayant espéré que le vice du testament serait couvert par la puissance de l'institué. Enfin il n'entend pas acquérir le titre d'héritier *ex nudâ voce*, en vertu d'une simple déclaration verbale du défunt, de même qu'il ne veut rien recevoir *ex scripturâ cui juris auctoritas desit.* Les empereurs Sévère et Antonin ont rendu, dit Justinien, plusieurs rescrits conformes à ces principes (3).

DU TESTAMENT INOFFICIEUX.

Il est possible qu'un citoyen ait observé, en faisant son testament, toutes les règles indiquées jusqu'ici, aussi bien les règles prescrites par le droit prétorien que les règles prescrites par le droit civil, et que cependant ce testament reste sans effet, pour avoir méconnu certains devoirs ou certains sentiments dont le testateur devait tenir compte. Le testateur, comme le disait le jurisconsulte Marcien et comme Justinien le répète après lui, *rectè quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis* (4).

D'après une conjecture de Cujas, la *querela inofficiosi testamenti*, que peut exercer le proche parent à l'encontre duquel le testateur a ainsi violé l'*officium pietatis*, cette *querela*, dis-je, aurait été intro-

(1) L. 6, C. Th., *De testam.* (4, 4).
(2) L. 27, C., *De testam.* (6, 23).
(3) Inst., § 8 *Quib. mod. test. inf.*
(4) Marcien, L. 2, D., *De inoffic. testam.* (5, 2).

duite par une loi Glitia que mentionne l'*inscriptio* d'un fragment de Gaius (1). Mais il est bien plus probable que cette *querela* se sera établie peu à peu sous l'influence des prudents, comme la nécessité pour le père d'instituer ou d'exhéréder ses enfants, nécessité dont la *querela* peut être considérée comme étant le complément. L'origine que j'assigne au principe de l'inofficiosité ressort, on pourrait presque dire avec évidence, des expressions employées dans les textes : *Inductum est ut de inofficioso testamento agere possent liberi qui queruntur aut iniquè se exheredatos aut iniquè præteritos* (2). Certes le mot *inductum* convient au procédé des jurisconsultes bien plus qu'au procédé du législateur. Mais ce qui suit est encore plus décisif : *Hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint cùm testamentum ordinarent... Sed hoc dicitur non quasi verè furiosus sit... . nàm si verè furiosus sit, nullum testamentum est* (3). On comprend bien que les jurisconsultes, n'étant pas revêtus de la puissance législative, soient obligés de recourir ainsi à des suppositions, à des fictions, quand ils veulent faire prévaloir une certaine règle; mais une précaution de ce genre n'a pas besoin d'être prise par celui à qui a été spécialement conféré le pouvoir de poser les règles de droit qui lui paraîtront justes et utiles.

Le principe de l'inofficiosité existait certainement dans la pratique à la fin de la République. Voici, en effet, ce que je lis dans Cicéron : *Jure, legibus, auctoritate omnium qui consulebantur, testamentum Annius fecerat, non improbum, non inofficiosum, non inhumanum* (4). Il résulte également de plusieurs passages de Valère Maxime que la *querela inofficiosi testamenti* était connue du temps de Pompée (5).

(1) Gaius, *libro singulari ad legem Glitiam* (L. 4, D., *De inoff. test.*).

(2) Inst., pr. *De inoff. test.*

(3) Inst., *loc. cit.*; Marcien, L. 2, D., *De inoff. test.*

(4) *Seconde action contre Verrès*, I, 42.

(5) Je rapporterai seulement un de ces passages : *Anneii Carseolani, splendidissimi equitis romani, filius, a Sufenate avunculo suo adoptatus, testamentum naturalis patris, quo præteritus erat, apud centumviros rescidit, cùm in eo Tullianus, Pompeii Magni familiaris, ipso quidem Pompeio signatore, heres scriptus esset. Itaque plus illi in judicio cum excellentissimi viri gratiâ quàm cum parentis cineribus negotii fuit.* Deux autres héritiers, institués dans le testament, n'osèrent même pas plaider, *sacramento cum adolescentulo contendere ausi non*

La *querela inofficiosi testamenti* est une sorte de pétition d'hérédité : celui qui l'exerce se présente comme ayant droit, nonobstant le testament, à la succession du défunt. Aussi le tribunal des Centumvirs était-il compétent pour statuer sur la *querela* comme sur la *petitio hereditatis* proprement dite. Il paraît, du reste, qu'à l'époque des jurisconsultes cette compétence était facultative. — A un autre point de vue, la *querela* a quelque chose de l'*actio injuriarum :* le *querelans* se plaint d'avoir reçu du testateur une injure imméritée.

Nous remarquerons dès à présent que le testament d'un militaire qui meurt au plus tard dans l'année *post missionem* ne peut jamais être attaqué ni rescindé comme inofficieux (1).

Nous diviserons en quatre parties, de la manière suivante, ce que nous avons à dire du testament inofficieux :

1° Quelles personnes sont fondées à intenter la *querela inofficiosi testamenti ?*

2° Comment se perd le droit d'intenter la *querela ?*

3° Quels sont les effets de la *querela ?*

4° Quel est le système des Novelles de Justinien en cette matière ?

Nous ajouterons un appendice sur les donations inofficieuses.

1° *Qui peut intenter la* querela.

I. Le droit d'intenter la *querela* appartient d'abord aux descendants (*liberi*) du testateur. Ces descendants peuvent avoir été exhérédés ou omis dans le testament de leur ascendant : *Plerumque parentes sine causâ liberos suos exheredant vel omittunt;... liberi queruntur aut iniquè se exheredatos aut iniquè præteritos* (2).

Examinons successivement le cas où le descendant a été exhérédé et le cas où il a été omis.

1° Le testateur est le père ou l'ascendant paternel de celui qui

sunt; tametsi præcipuis eo tempore Magni viribus ad defendendas tabulas testamenti invitari poterant, et aliquantulùm adjuvabat heredes quod Anneius in Sufenatis familiam ac sacra transierat. Sed arctissimum inter homines procreationis vinculum, patris simul voluntatem et principis viri auctoritatem superavit (*Factorum dictorumque memorabilium* lib. VII, c. VII, n. 2).

(1) Ulpien, L. 8 § 4, D., *De inoff. test.*

(2) Inst., pr. *De inoff. test.*

réclame. Il faut supposer ici qu'il y a eu exhérédation : si le descendant avait été simplement omis, il n'aurait pas besoin de recourir à la *querela inofficiosi testamenti*, le droit civil ou le droit prétorien lui fournirait un autre moyen : suivant les cas, il pourrait dire que le testament est *injustum* ou qu'il a été rompu, ou invoquer le *jus adcrescendi*, ou se faire donner une *bonorum possessio*. Il est effectivement de principe que la *querela inofficiosi testamenti* ne peut être employée avec succès que par celui qui n'a aucune autre ressource : *Tàm naturales liberi*, dit Justinien, *quàm, secundùm nostræ Constitutionis divisionem, adoptati, ità demùm de inofficioso testamento agere possunt si nullo alio jure ad defuncti bona venire possunt : nàm qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt* (1).

D'après cela, lorsque le testateur, ayant adrogé un impubère, l'exhérède sans juste cause, cet impubère peut-il attaquer le testament comme inofficieux? Je ne le crois pas : je crois que l'impubère doit se contenter de la quarte Antonine. Sans doute si l'adrogeant avait omis dans son testament l'adrogé impubère, celui-ci, conformément au droit commun, serait fondé à dire que le testament est radicalement nul, *injustum* : en effet, sur ce point, l'empereur Antonin le Pieux n'a rien établi de particulier. Mais, lorsque l'adrogeant a exhérédé l'adrogé, celui-ci a toujours droit à la quarte Antonine et n'a jamais droit qu'à cela : c'est ce que le texte des Institutes (§ 3 *De adopt.*) me paraît montrer avec évidence. L'empereur Antonin le Pieux a voulu établir ici une espèce de forfait. Si l'impubère est exhérédé *cum justâ causâ*, il est mieux traité qu'il ne le serait d'après le droit commun : car, d'après le droit commun, il n'aurait aucune espèce de droit à la succession. Réciproquement, lorsqu'il est exhérédé *sine justâ causâ*, on peut sans injustice le traiter moins bien qu'il ne le serait d'après le droit commun et le réduire à la quarte. — Cette doctrine est encore confirmée par un texte d'Ulpien, sur lequel on discute beaucoup, et qui est ainsi conçu : *Si quis impubes adrogatus sit ex his*

(1) Inst., § 2 *De inoff. test.* Dans le droit de Justinien, l'adoptant *extraneus* qui fait un testament n'a pas besoin d'exhéréder l'adopté : celui-ci peut venir seulement *ab intestat* à la succession de son père adoptif, à moins, bien entendu, qu'il ne soit lui-même institué.

personis quæ et citrà adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querelâ cùm habeat quartam ex Constitutione Divi Pii (1). Ce texte me fournit un argument *a fortiori*. En effet, Ulpien suppose que l'impubère adrogé était avec l'adrogeant dans une relation telle que, s'il n'y avait pas eu adrogation suivie d'émancipation, il aurait pu exercer la *querela inofficiosi testamenti*. Par exemple, Primus a émancipé son fils Secundus; Secundus, depuis son émancipation, a eu un fils, Tertius ; celui-ci, étant encore impubère et déjà *sui juris* par la mort de Secundus, a été adrogé par son grand-père Primus. Enfin Primus a émancipé Tertius sans juste cause; et,d ans son testament, il l'a exhérédé, toujours sans juste cause : on se demande si Tertius peut faire tomber le testament comme inofficieux, ou s'il doit se contenter de la quarte Antonine. Certes il ne serait pas absurde de prétendre que, l'adrogeant ayant émancipé l'adrogé, celui-ci se retrouve dans la position où il était avant l'adrogation et qu'il peut exercer la *querela!* Que dit Ulpien? *Hunc puto removendum a querelâ cùm habeat quartam...* A plus forte raison devons-nous réduire à la quarte l'impubère qui, avant l'adrogation, était un *extraneus* pour l'adrogeant (2).

2° Dans quel cas le descendant du testateur peut-il attaquer comme inofficieux le testament dans lequel il est, non pas exhérédé, mais omis? Dans le cas où il s'agit du testament de sa mère, de sa grand'mère ou de son grand-père maternel. Nous savons en effet que, de la part de ces personnes, l'omission équivaut à une exhérédation écrite dans le testament du père ou de l'aïeul paternel (3). — Cela se comprend très-bien depuis que le Sénatus-consulte Orphitien (rendu sous Marc-Aurèle) et des Constitutions postérieures eurent accordé à l'enfant un droit de succession *ab intestat* vis à vis de la mère, de la grand'mère et du grand-père maternel (4). Même auparavant, les enfants avaient droit à l'héré-

(1) L. 8 § 15, D., *De inoff. test.*

(2) Je me sépare ici complétement de la doctrine de M. de Vangerow (*Lehrbuch*, t. I, § 252). Je crois que le savant professeur de Heidelberg n'a pas bien compris le texte d'Ulpien.

(3) Voyez § 7, Inst., *De exhered. lib.* (II, 13), et, ci-dessus, p. 638 et 639.

(4) Inst., pr. et § 1 *De Senatusc. Orphit.* (III, 4).

dité légitime de leur mère, quand, celle-ci ayant été sous la *manu* de leur père, ils se trouvaient vis à vis d'elle *loco fratrum et sororum* (1). Enfin, en tout cas, le droit prétorien donnait aux enfants la succession *ab intestat* de leur mère, de leur grand'mère ou de leur grand-père maternel au moyen de la *bonorum possessio undè cognati* qu'il leur accordait à défaut de *sui* (les femmes n'en ont jamais) et à défaut d'agnats du *de cujus*.

N'y a-t-il donc aucun cas où l'enfant omis dans le testament de son père ou de son aïeul paternel aurait la *querela inofficiosi testamenti?* Il paraît que le jurisconsulte Marcien l'accordait quelquefois à l'enfant donné en adoption et omis *in testamento naturalis parentis*. C'est du moins ce que nous apprend Justinien ; et il ajoute que désormais on n'admettra plus rien de semblable (2).

II. De même que le testateur contrevient à l'*officium pietatis* quand il exhérède ou quand il omet sans juste cause son descendant, de même il y contrevient quand il omet sans juste cause son ascendant. *Etsi parentibus non debetur filiorum hereditas,* dit Papinien, *propter votum parentûm et naturalem ergà filios caritatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minùs parentibus quàm liberis piè relinqui debet* (3). Suivant Marcien, lors même que le père a donné son fils en adoption, il peut encore attaquer son testament comme inofficieux (4). Enfin Justinien dit, en termes généraux, que les *parentes* peuvent attaquer comme inofficieux le testament de leurs descendants (5).

III. Un parent collatéral, qui serait venu *ab intestat* à la succession du défunt, peut-il quelquefois attaquer comme inofficieux son testament dans lequel il se trouve omis? Ulpien le permet au frère, au collatéral du second degré. Il ne le lui permet pas d'une manière absolue, mais seulement à l'encontre de certains institués (6). Paul se réfère sans doute à la même doctrine lorsqu'il dit : *Quon-*

(1) Gaius, III, § 14 *in fine*.
(2) L. 10 pr., C., *De adopt.* (8, 48).—Comparez le passage de Valère Maxime rapporté ci-dessus, p. 690, note 5.
(3) L. 15 pr., D., *De inoff. test.*
(4) L. 30 pr. *eod. Tit.*
(5) Inst., § 1 (au commencement) *De inoff. test.*
(6) L. 24, D., *De inoff. test.*

tùm ad inofficiosi liberorum vel parentûm querelam pertinet, nihil interest quis sit heres scriptus, ex liberis an extraneis vel municipibus (1). D'après une Constitution de Constantin, de l'an 319, la *querela inofficiosi testamenti* n'appartient pas aux frères utérins ; elle appartient seulement aux frères germains, *agnatione durante*, et en supposant que le testateur a institué des personnes notées d'infamie (2). Justinien a reproduit cette Constitution dans son Code, mais en y apportant une modification : la *querela* pourra être exercée par les frères ou sœurs consanguins, *durante agnatione vel non*, lors même qu'ils auraient cessé d'être agnats du défunt. On peut remarquer aussi que, dans la Constitution qui figure au Code Justinien, les affranchis du testateur sont mis sur la même ligne que les personnes notées d'infamie (3). Cette Constitution doit évidemment nous servir à interpréter ce qui est dit aux Institutes : *Soror et frater, turpibus personis scriptis heredibus, ex sacris Constitutionibus, prælati sunt: non ergò contrà omnes heredes agere possunt* (4).

Quant aux collatéraux autres que frères ou sœurs, *nullo modo aut agere possunt,* dit Justinien, *aut agentes vincere* (5). Ulpien leur conseillait déjà de ne pas faire des frais inutiles en exerçant une poursuite qu'ils ne peuvent pas espérer voir réussir (6).

Pour que le descendant ou l'ascendant réussisse dans la *querela* qu'il intente, il faut toujours que l'exhérédation ou l'omission dont il se plaint soit imméritée, soit inique. A cet égard, le fardeau de la

(1) L. 31 § 1 *eod. Tit.*

(2) L. 1, C. Th., *De inoff. test.* (2, 19).

(3) L. 27, C., *De inoff. test.* (3, 28).

(4) § 1 *De inoff. test.*

Voici un passage de Valère Maxime, duquel on peut conclure que très-anciennement le frère ou la sœur omis ne pouvait se plaindre qu'à l'encontre de certains institués : *Pompeius Rheginus, vir transalpinæ regionis, cùm testamento fratris præteritus esset.... multùm ac diù inter assentientes indignationi suæ amicos questus, quod ad hastæ judicium attinuit, cineres fratris quietos esse passus est; et erant ab eo instituti heredes, neque sanguine patrio pares neque proximi, sed et alieni et humiles; ut non solùm flagitiosum silentium, sed etiam prælatio contumeliosa videri posset* (*op. cit.*, lib. VII, c. VIII, n. 4).

(5) Même § 1 *in fine.*

(6) L. 1, D., *De inoff. test.*

preuve incombe-t-il au *querelans* ou bien au contraire à l'institué? On dit communément qu'aux termes d'une Constitution de Constantin (1) il faut distinguer suivant que la *querela* est intentée par un descendant ou par un ascendant du testateur : si elle est intentée par un descendant, ce serait à lui à prouver l'iniquité de l'exhérédation ou de l'omission ; au contraire, l'ascendant omis n'aurait rien à prouver, l'iniquité de l'omission devant être, en quelque sorte, présumée. Je ne crois pas que Constantin ait voulu trancher ainsi, par une distinction absolue, la question de preuve. Il faut appliquer en cette matière la règle générale, d'après laquelle c'est toujours au demandeur à tâcher de justifier sa prétention, sauf au défendeur à réfuter les moyens présentés par l'adversaire et même, de son côté, à en présenter de nouveaux s'il le juge utile. Ainsi le *querelans* cherche à prouver l'iniquité de l'exhérédation ou de l'omission ; l'institué, de son côté, va chercher à établir que l'exhérédation ou l'omission n'est que la conséquence de la mauvaise conduite de son adversaire. L'idée qui paraît dominer dans la Constitution de Constantin, c'est que, quand une mère a été omise dans le testament de son fils, on pourrait croire que cette omission n'est jamais justifiable et que l'institué devra toujours succomber. Il n'en est rien, dit l'Empereur : *Si mater, inhonestis factis atque indecentibus machinationibus filium fortè obsedit, insidiisque eum vel clandestinis vel manifestis appetiit, vel inimicis ejus suas amicitias copulavit, atque in aliis sic versata est ut inimica ejus potius quàm mater crederetur, hoc probato etiam invita acquiescat filii voluntati.* Constantin ne dit point du tout que l'ascendant qui attaque comme inofficieux le testament de son descendant est toujours dispensé du fardeau de la preuve ; il dit simplement qu'il peut arriver que même l'omission d'une mère dans le testament de son fils se trouve justifiée, de manière que le testament ne soit réellement pas inofficieux.

Si la personne exhérédée ou tout au moins non instituée avait cependant reçu du testateur une libéralité *mortis causâ*, cela suffirait-il pour exclure la *querela inofficiosi testamenti* ? Oui, pourvu que cette libéralité représente au moins le quart de ce que la

(1) L. 2, C. Th., et L. 28, C. J., *De inoff. test.*

personne aurait eu *ab intestat*. C'était déjà l'opinion d'Ulpien : *Si quis*, dit-il, *mortis causâ filio donaverit quartam partem ejus quod ad eum esset perventurum si intestatus paterfamiliâs decessisset, puto securè eum testari* (1). Et cette doctrine est positivement confirmée aux Institutes : *Quartam quis debet habere ut de inofficioso testamento agere non possit, sive jure hereditario, sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causâ ei quarta donata fuerit...* (2).

Ainsi le testateur, qui veut s'assurer que son testament ne sera pas rescindé comme inofficieux, doit avoir soin de laisser à celui qui pourrait l'attaquer comme tel un legs ou un fidéicommis montant au moins au quart de ce qui lui reviendrait *ab intestat*. Cette règle a probablement été établie à l'imitation du système de la loi Falcidie, qui permet à l'héritier institué de réduire les legs quand ils dépassent les trois quarts de l'actif net de la succession. Pour me rendre non recevable à intenter la *querela inofficiosi testamenti*, il faut que le défunt m'ait laissé au moins le quart de l'actif net que j'aurais eu *ab intestat*, en nous plaçant au moment de sa mort. *Quartæ portionis portio*, dit Paul, *liberis, deducto ære alieno et funeris impensâ, præstanda est, ut ab inofficiosi querelâ excludantur ; libertates quoque eam portionem minuere placet* (3). Le testateur qui a des enfants ou des ascendants n'est donc véritablement libre de disposer de ses biens que jusqu'à concurrence des trois quarts : un quart doit être laissé par lui à ses héritiers *ab intestat* s'il veut que son testament soit exécuté (4).

Le descendant ou l'ascendant qui aurait reçu *inter vivos* le quart de ce qui lui revenait *ab intestat* pourrait donc néanmoins intenter la *querela inofficiosi testamenti!* Oui, en principe. Seulement, nous voyons que déjà dans l'ancien droit des doutes s'étaient produits pour le cas où le *de cujus* avait entendu que la donation entre-vifs tiendrait lieu de la quarte légitime (5). L'empereur Zénon assimile aux dispositions *mortis causâ* la constitution de dot et la dona-

(1) L. 8 § 6, D., *De inoff. test.*
(2) § 6 *De inoff. test.*
(3) *Sent.*, IV, v, § 6. Voy. aussi Ulpien, L. 8 § 9, D., *De inoff. test.*
(4) Inst., § 7 *eod. Tit.* Dans certaines éditions, cette disposition forme la fin du § 6.
(5) Ulpien, L. 25 pr. *eod. Tit.*

tion *antè nuptias* (1); et Justinien y assimile la donation faite *ad militiam emendam* (2). C'est à cela qu'on a voulu faire allusion, aux Institutes, lorsqu'on a dit que la *querela* ne peut pas être intentée par la personne à qui la quarte a été donnée entre-vifs, *in iis tantummodò casibus quorum mentionem facit nostra Constitutio...* (3). Quant à la donation entre-vifs que le testateur aurait faite à charge par le donataire de ne point intenter la *querela inofficiosi testamenti,* Justinien décide qu'elle n'empêchera point l'exercice de cette *querela*, sauf, naturellement, la possibilité d'une transaction entre le donataire et l'institué (4).

Qu'arriverait-il si la valeur laissée au descendant ou à l'ascendant ne représentait pas le quart de ce qui lui revient *ab intestat?* Il paraît qu'originairement la *querela inofficiosi testamenti* pouvait être intentée, — bien entendu, à moins que la partie intéressée ne se contentât de faire compléter sa quarte : *Filius, judicio patris si minùs quartâ portione consecutus sit, ut quarta sibi a coheredibus citrà inofficiosi querelam impleatur, jure desiderat* (5). Constantin décida que, si le testateur, qui laisse ainsi moins du quart, avait ajouté qu'il entend que le quart sera complété *boni viri arbitratu*, l'action en supplément serait seule admise. Enfin Justinien supprime même la nécessité d'une mention de ce genre de la part du testateur. En effet, après avoir dit que les enfants exhérédés ou omis dans le testament de leur ascendant peuvent intenter la *querela* quand aucune autre ressource ne leur est ouverte, il ajoute : *Sed hæc ità accipienda sunt si nihil eis penitùs a testatoribus testamento relictum est : quod nostra Constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin verò quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, inofficiosi querelâ quiescente, id quod eis deest usque ad quartam legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum boni viri arbitratu debere eam compleri* (6). Il est à remarquer que, dans ce passage, *pars legitima* désigne toute la part *ab intestat :* le quart

(1) L. 29, C., *De inoff. test.*
(2) L. 30 § 2 *eod. Tit.*
(3) Inst., § 6 *eod. Tit.*
(4) L. 35 § 1, C., *eod. Tit.*
(5) *Sent. de Paul*, IV, v, § 7.
(6) Inst., § 3 *De inoff. test.* Comp. L. 30 pr. et § 1, C., *eod. Tit.*

que doit en définitive obtenir le descendant du testateur est appelé *quarta legitimæ partis*. Pourtant, quand on veut désigner ce quart, on emploie assez ordinairement chez nous l'expression *la légitime ;* et aussi, pour désigner celui qui y a droit, on dit *le légitimaire*. — Quelle est l'action au moyen de laquelle celui qui a reçu moins du quart se fera compléter ce quart auquel il a droit ? C'est une *condictio ex lege*. Cette action se distingue manifestement de la *querela inofficiosi testamenti* par le but qu'elle poursuit, par le résultat qu'elle amène. De plus, toujours à la différence de la *querela*, elle est personnelle, perpétuelle, transmissible aux héritiers de celui en la personne de qui elle prend naissance.

2° *Comment se perd la* querela inofficiosi testamenti.

Le droit d'attaquer un testament comme inofficieux, ayant une fois pris naissance au profit d'une certaine personne, peut se trouver perdu dans différentes circonstances que nous allons indiquer rapidement :

1° Lorsque le légitimaire a transigé avec l'institué, — en supposant, bien entendu, que celui-ci a exécuté la transaction, — la *querela* ne peut plus être exercée utilement. *Si, institutâ de inofficioso testamento accusatione, de lite pacto transactum est, nec fides ab herede transactioni præstatur, inofficiosi causam integram esse placuit* (1).

2° Lorsque le légitimaire, ayant commencé la poursuite (*post rem inofficiosi ordinatam*), s'en est désisté, il ne sera plus écouté s'il veut de nouveau se plaindre du testament (2).

3° Le légitimaire, ayant une fois approuvé le testament, d'une manière quelconque, n'est plus recevable à l'attaquer comme inofficieux. Cela se présentait notamment, dans l'ancien droit, lorsque ce légitimaire réclamait un legs fait à son profit par le testateur (3). De même, et ceci peut encore se présenter dans le droit de Justinien, le légitimaire réclame, comme avocat ou comme procureur

(1) Ulpien, L. 27 pr., D., *De inoff. test*.
(2) Ulpien, L. 8 § 1 *eod. Tit*.
(3) Je dis *dans l'ancien droit*. En effet, dans le droit de Justinien, la seule existence du legs exclut la *querela :* il ne peut y avoir lieu qu'à l'action en complément du quart.

d'un tiers, un legs que le testateur aurait fait à ce tiers : *Si exheredatus petenti legatum ex testamento advocationem præbuit procurationemve suscepit, removetur ab accusatione : agnovisse enim videtur, qui qualequale judicium defuncti comprobavit* (1). Il en serait autrement s'il avait réclamé le legs en qualité de tuteur du légataire : ici il n'était pas libre, il était tenu de prendre les intérêts de son pupille : aussi ce qu'il a fait n'implique de sa part aucune approbation du testament, aucune renonciation à la *querela*. Les empereurs Sévère et Antonin avaient rendu un rescrit en ce sens (2) ; et la même décision est expressément consacrée aux Institutes : *Si tutor, nomine pupilli cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cùm nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominùs poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere* (3).

4° Le légitimaire n'est plus recevable à se plaindre lorsqu'il a laissé passer un certain temps sans intenter la *querela*. D'après Pline le Jeune, ce temps était de deux ans. Il fut ensuite porté à cinq ans ; et il paraît même que le légitimaire, déchu du droit d'agir pour avoir laissé passer les cinq ans sans poursuites, pouvait être relevé de cette déchéance *ex magnâ et justâ causâ* (4) : — Justinien a décidé que le délai de cinq ans courrait, non pas du jour de la mort du testateur, mais seulement du jour où l'institué aurait fait adition (5).

5° Enfin, le légitimaire venant à mourir *non jàm præparatâ controversiâ*, la *querela* qu'il aurait pu intenter meurt avec lui (6). Justinien a fait exception à ce principe de l'intransmissibilité du droit d'intenter la *querela*, pour le cas tout à fait particulier où le légitimaire est un descendant du testateur, qui meurt *deliberante adhùc herede* et qui lui-même laisse un ou plusieurs enfants (7).

(1) Paul, L. 32 pr., D., *De inoff. test.*
(2) Marcien, L. 30 § 1 *eod. Tit.*
(3) § 4 *eod. Tit.*
(4) Ulpien, L. 8 § 17, et Modestin, L. 9, *eod. Tit.*
(5) L. 36 § 2, C., *eod. Tit.*
(6) Ulpien, L. 6 § 2, et Paul, L. 7, D., *eod. Tit.*
(7) L. 34, C., *eod. Tit.*

3° *Quels sont les effets de la* querela inofficiosi testamenti.

Pour prendre d'abord le cas le plus simple, nous supposerons qu'il y a un seul légitimaire et un seul institué.

Le légitimaire intente la *querela inofficiosi testamenti* et obtient gain de cause. Voici sur ce cas un texte d'Ulpien, qui mérite d'être étudié avec le plus grand soin et sur lequel nous nous arrèterons quelques instants : *Si ex causâ de inofficiosi cognoverit judex, et pronunciaverit contrà testamentum, nec fuerit provocatum, ipso jure rescissum est, et suus heres erit, secundùm quem judicatum est, et bonorum possessor, si hoc contendit; et libertates ipso jure non valent; nec legata debentur, sed soluta repetuntur, aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui obtinuit, et hæc utili actione repetuntur. Ferè autem, si antè controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit repetit; et ità D. Hadrianus et D. Pius rescripserunt* (1).

Je commence par traduire ce texte : « Si un juge a connu d'une « question d'inofficiosité, s'il a prononcé contre le testament et « qu'il n'y ait pas appel de sa sentence, le testament est de plein « droit rescindé : celui qui a obtenu gain de cause va être *suus heres*, ou *bonorum possessor*, si telle est sa prétention ; les affranchissements testamentaires se trouvent nuls de plein droit ; les legs « ne sont pas dus, et s'ils ont été payés, ils sont répétés, soit par « l'institué qui les a payés, soit par le légitimaire qui a triomphé, et « celui-ci les répète au moyen d'une action utile. Ordinairement, « s'ils ont été payés avant que la question d'inofficiosité ne fût soulevée, c'est le légitimaire qui les répète, comme Adrien et Antonin le Pieux l'ont décidé par rescrit. »

Ainsi, lorsque le juge reconnait comme fondée la *querela inofficiosi testamenti*, il en résulte immédiatement et de plein droit la rescision du testament. Si le *querelans* était un enfant sous la puissance du testateur, il se trouve être *suus heres;* si c'était un enfant émancipé, il a droit à la *bonorum possessio undè liberi*. Mais la sentence ainsi rendue *contrà testamentum* n'a pas seulement effet à l'encontre de l'institué : elle peut être invoquée même à l'encontre

(1) L. 8 § 16, D., *eod. Tit.*

des légataires, bien qu'ils n'aient pas été mis personnellement en cause. On s'écarte ici, jusqu'à un certain point, de la maxime : *Res inter alios judicata alii neque nocet neque prodest*. On considère, en principe, l'institué, principal intéressé au maintien du testament, comme ayant représenté toutes les autres personnes à qui ce même testament conférait des droits : *creditur jus ex sententiâ judicis fieri*. Il faut seulement que l'institué se soit défendu, qu'il n'ait pas fait défaut ; à plus forte raison faut-il qu'on ne puisse pas prouver qu'il y a eu collusion entre lui et le *querelans* (1).

En conséquence, les affranchissements que contenait le testament sont comme non avenus : au moment où l'institué a fait adition, les esclaves ne sont devenus libres qu'en apparence. Il faut en dire autant des legs. Mais comment les choses vont-elles se passer en ce qui concerne les legs que l'institué a déjà payés au moment où le testament est déclaré inofficieux? Il faut d'abord remarquer que le légataire a pu acquérir la propriété des valeurs que lui a remises l'institué, non-seulement quand elles appartenaient en propre à cet institué, mais même quand elles faisaient partie de la succession : en effet, comme le dit Paul, les choses héréditaires *interim in bonis erant heredis* (2). Maintenant, le testament étant rescindé, le légataire doit rendre, il se trouve qu'il a reçu ce qui ne lui était pas dû : il est tenu d'une *condictio indebiti* (3). Qui exercera cette *condictio indebiti?* Ce sera, dit Ulpien, tantôt l'institué, tantôt le légitimaire. En matière de *condictio indebiti*, il est de principe que cette action appartient à celui-là même qui a payé ou à celui au nom de qui le paiement a été fait. Ici c'est l'institué qui a payé, et certes il a payé en son propre nom, il n'a pas payé au nom du légitimaire : donc, quand l'institué répétera, ce sera par une action directe ; au contraire, quand le légi-

(1) Paul, LL. 17 et 18, D., *De inoff. test.* Voy. aussi Ulpien, L. 14, D., *De appellat.* (49, 1).

(2) L. 32, D., *De heredit. petit.* (5, 3).

(3) Dans l'ancien droit, lorsqu'une personne avait payé par erreur, se croyant tenue d'un legs *per damnationem* qui en réalité n'existait pas à sa charge, la *condictio indebiti* n'était pas admise à son profit. Voy. Inst., § 7 *De obl. quasi ex contr.* (III, 27). Cette règle n'est pas applicable à notre hypothèse : il est impossible que par le fait de l'institué le légitimaire, qui est en définitive le seul héritier, supporte le paiement d'un legs quelconque.

timaire répétera, ce ne pourra être que par une action utile. Si l'institué, en payant le legs, n'a point commis une imprudence, s'il a payé avant que la question d'inofficiosité ne fût soulevée contre lui, il n'a point à répéter : car il restitue au légitimaire la succession, moins la valeur employée à ce paiement qu'il a eu juste raison de faire. C'est alors le légitimaire qui exerce, à ses risques et périls, et au moyen d'une action utile, la répétition contre le légataire. Mais supposez que l'institué ait commis une faute en faisant le paiement, parce qu'il devait craindre que le testament ne fût déclaré inofficieux : alors, dans la restitution qu'il fait de la succession, on ne lui tient pas compte des valeurs ainsi employées, il restitue comme s'il n'avait pas payé, et seulement il lui est permis de chercher à se faire rembourser par le légataire ce que le légataire se trouve avoir indûment reçu.

— Voilà pour le cas où le légitimaire a triomphé dans sa *querela*. Passons au cas où il a succombé.

Nous savons déjà que celui qui mal à propos attaque le testament comme inofficieux s'expose par là même à perdre ce que le testateur lui avait laissé. *Meminisse oportebit*, dit Ulpien, *eum qui testamentum inofficiosum improbè dixit, et non obtinuit, id quod in testamento accepit perdere, et id fisco vindicari quasi indigno ablatum. Sed ei demùm aufertur quod testamento datum est qui usque ad sententiam judicum lite improbâ perseveraverit; cæterùm, si antè sententiam destitit vel decessit, non ei aufertur quod datum est. Proindè et, si absente eo secundùm præsentem pronuncietur, potest dici conservandum ei quod accepit...* (1). Ainsi, la privation des avantages contenus dans le testament ne sera encourue par le *querelans* qu'autant qu'il aura persévéré jusqu'au bout dans sa poursuite injuste : cette privation n'est pas appliquée en cas de désistement, ni même au cas où le *querelans* vient à mourir avant la sentence. Elle n'est pas appliquée non plus contre celui qui a seulement continué le procès, qui ne l'a pas entamé (2). A plus forte raison ne serai-je pas puni si j'ai dû intenter la *querela* dans l'intérêt de mon pupille : comme on le dit, aux Institutes, *si pupilli nomine, cui*

(1) L. 8 § 14, D., *De inoff. test.*
(2) Tryphoninus, L. 22 §§ 2 et 3 *eod. Tit.*

nihil relictum fuerit. de inofficioso egerit et superatus est, ipse tutor, quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit (1).

Quand le *querelans* obtient gain de cause, nous avons vu que le testament est rescindé. Mais il est possible qu'il ne soit pas complétement anéanti, qu'il continue de valoir pour partie. C'est ce qui arrive d'abord lorsqu'il y avait plusieurs héritiers qui devaient se partager la succession *ab intestat*, et qu'un seul d'entre eux a soulevé la question d'inofficiosité : le triomphe judiciaire qu'il obtient ne lui donnera pas plus que sa part *ab intestat*, et alors l'institué gardera le surplus de la succession (2).

Maintenant, il peut se faire qu'à propos d'un seul et même testament plusieurs sentences soient rendues, et rendues en sens inverse. Ainsi le testateur, qui avait deux enfants, les a exhérédés tous les deux; tous deux ont intenté la *querela* : l'un a fait reconnaître qu'il avait été exhérédé injustement et il a triomphé, l'autre au contraire a succombé. Réciproquement, la *querela* est intentée par une seule personne, qui aurait eu *ab intestat* la succession tout entière; mais elle est intentée contre deux institués : le *querelans* triomphe vis à vis de l'un et succombe vis à vis de l'autre (3). Cette dernière hypothèse est surtout facile à comprendre lorsque la *querela* est intentée par un frère du testateur : des deux institués, l'un est une personne honorable, l'autre est une *persona turpis* (4). Voilà différents cas dans lesquels on est forcé d'admettre que le *de cujus* est mort partie testat et partie intestat, et je dois signaler quelques conséquences remarquables qui en résultent. Je m'attache spécialement au cas où celui qui aurait eu toute la succession *ab intestat* a triomphé vis à vis de l'institué Primus et succombé vis à vis de l'institué Secundus ; je suppose que Primus et Secundus avaient été institués chacun pour moitié.

(1) § 5 *eod. Tit.*

(2) Une femme a deux filles, Prima et Secunda. Dans son testament, elle institue un *extraneus* pour les trois quarts, et Prima pour un quart; elle omet Secunda. Celle-ci, au moyen de la *querela inofficiosi testamenti*, obtiendra contre l'*extraneus* la moitié qui lui revenait *ab intestat;* contre sa sœur, instituée pour un quart, elle n'a point à réclamer. Voy. Paul, L. 19 *hoc Tit.*

(3) Papinien, L. 15 § 2, D., *eod. Tit.*

(4) Ulpien, L. 24, D., *eod. Tit.*

Le légitimaire peut poursuivre pour moitié les débiteurs du défunt; il peut être poursuivi pour moitié par ses créanciers. Les legs faits par le défunt ne le regardent point; les légataires pourront seulement obtenir de Secundus la moitié de ce qui leur a été laissé. Mais qu'arrivera-t-il si la chose léguée est indivisible? D'abord, s'il s'agit d'un legs de liberté, d'un affranchissement testamentaire, il vaudra, et, bien entendu, il vaudra pour le tout : *libertates ex testamento competere placuit*, dit Papinien (1). Que si, au contraire, il s'agit d'un droit de servitude prédiale légué par le testateur à un de ses voisins, il en sera tout autrement : le légataire demandera la servitude à l'institué Secundus, et il devra se contenter de la moitié de la valeur qu'elle représente; ou bien, si le légitimaire y consent, la servitude sera constituée au profit du légataire, mais à charge par celui-ci de rembourser la moitié de la valeur au légitimaire (2). La raison de différence entre le cas d'affranchissement testamentaire et le cas de legs d'une servitude, c'est que, si dans les deux cas il s'agit d'objets indivisibles, dans l'un l'objet ne peut pas être représenté en argent, tandis qu'il le peut très-bien dans l'autre.

Un mot seulement sur un texte de Marcellus, qui parait en opposition avec ce que nous venons de voir : *Si pars judicantium de inofficioso testamento contrà testamentum, pars secundùm id sententiam dederit, quod interdùm fieri solet, humanius erit sequi ejus partis sententiam quæ secundùm testamentum spectavit, nisi apertè judices iniquè secundùm scriptum heredem pronunciâsse apparebit* (3). Je crois que Marcellus suppose un seul légitimaire et un seul institué : le procès est porté devant les Centumvirs, et il y a partage, c'est-à-dire que la moitié des juges est d'avis de rescinder le testament comme inofficieux, et que l'autre moitié veut au contraire le maintenir.

(1) L. 76 pr. *De leg.* 2°, et L. 29 pr. *De except. rei judic.* (44, 2). Il est dit dans ce dernier texte que le légitimaire pourra exiger une indemnité (égale sans doute à la moitié de la valeur des esclaves affranchis); mais c'est là, suivant toute apparence, une addition de Tribonien.

(2) Même L. 76 pr. *De leg.* 2°.

(3) L. 10 pr., D., *De inoff. test.*

4° *Système des Novelles.*

Justinien, dans ses Novelles, a modifié, sur quatre points, les règles exposées jusqu'ici :

1° La Novelle 18, chap. Ier, augmente le chiffre de la légitime pour les enfants : s'il y a quatre enfants ou moins de quatre, le chiffre de la légitime est de quatre onces, c'est-à-dire un tiers de la succession ; il est de moitié, s'il y a plus de quatre enfants. On arrive ainsi à un résultat très-bizarre : c'est que le chiffre de la légitime due à un enfant peut être plus fort quand le nombre total des enfants est plus considérable. En effet; quand il y a quatre enfants, la légitime de tous étant un tiers, la légitime de chacun est un douzième ; et, quand il y a cinq enfants, la légitime de tous étant moitié, la légitime de chacun est un dixième (1).

Quand Justinien augmente ainsi le chiffre de la légitime, il ne parle expressément que des enfants. Cependant il paraît avoir été dans son intention que tous les légitimaires en général pussent invoquer le bénéfice de cette augmentation. En effet, le chapitre Ier de la Novelle 18 se termine en ces termes : *Hoc observando in omnibus personis in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso lege decreta est.*

Une question sur laquelle on a beaucoup discuté est celle de savoir quel doit être le chiffre de la légitime lorsque le *de cujus* a laissé un enfant et quatre petits-enfants issus d'un fils prédécédé. Faut-il dire que les quatre petits-enfants représentent purement et simplement leur père, et qu'ainsi la légitime sera du tiers et non pas de la moitié ? J'admets bien que pour l'enfant la légitime sera ce qu'elle serait s'il avait à côté de lui son frère encore vivant, c'est-à-dire un sixième ; mais je suis disposé à croire que les quatre petits-enfants ont droit à un quart. En effet, la pensée de Justinien me paraît avoir été celle-ci : Le légitimaire aurait-il eu *ab intestat* au moins le quart de la succession, sa légitime est d'un tiers ; aurait-il eu *ab intestat* moins du quart de la succession, sa légitime est de moitié.

(1) Justinien aurait dû faire ici quelque chose d'analogue à ce que faisait la loi Furia Caninia. Ci-dessus, p. 217.

2° D'après la Novelle 115, chap. 3 et 4, il ne suffit pas que le testateur ait fait au profit de ses descendants ou de ses ascendants une disposition *mortis causâ* quelconque : il faut qu'il les ait institués, qu'il leur ait donné le titre d'héritiers.

3° D'après la même Novelle 115, chap. 3 et 4, et d'après la Novelle 22, chap. 47, il n'y a qu'un certain nombre de causes d'exhérédation ou d'omission qui soient admissibles. Ces causes sont au nombre de quatorze pour les descendants, de huit pour les ascendants, de trois pour les frères ou sœurs. Non-seulement le testateur ne peut exhéréder ou omettre son descendant, son ascendant, son frère ou sa sœur, qu'autant qu'il se trouve dans l'un des cas limitativement déterminés, mais encore le testateur doit exprimer celui dans lequel il se trouve et qui justifie l'exhérédation ou l'omission.

Un point resté fort obscur, c'est de savoir quelle est précisément la sanction des règles posées dans la Novelle 115. Le testateur a exhérédé ou omis son descendant ou son ascendant sans exprimer pour quelle cause : que va-t-il en résulter ? On enseigne communément en Allemagne que l'institution est nulle ; je crois qu'il faut simplement dire que le testament est inofficieux. Dans la doctrine que je repousse, le descendant ou l'ascendant qui a été exhérédé ou omis irrégulièrement emploie la *petitio hereditatis*, laquelle, à la différence de la *querela inofficiosi testamenti*, n'est soumise qu'à la prescription ordinaire de trente ans, n'expose point à une peine celui qui l'intente mal à propos, etc. (1).

4° L'inobservation des règles posées dans la Novelle 115 permet seulement de faire tomber l'institution ; les autres dispositions contenues dans le testament, telles que legs, fidéicommis, affranchissements, nominations de tuteurs, sont maintenues (2).

Une autre Novelle de Justinien, la Novelle 117, chap. 5, attribue à la veuve pauvre et non dotée une légitime sur les biens du mari. Quel est le chiffre de cette légitime ? Elle est, en général, du quart des biens ; lorsque le mari a laissé plus de trois enfants, elle est seulement d'une part virile.

(1) Voy. sur ce point M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. II, § 485.
(2) Novelle 115, ch. 4, § 9.

Appendice. *Des donations inofficieuses.*

Nous avons, au Digeste, un texte de Paul qui contient une Constitution de l'empereur Alexandre, adressée au Préfet de la ville et ainsi conçue : *Si liquet tibi aviam intervertendæ inofficiosi querelæ patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit id quod donatum est, pro dimidiâ parte revocari* (1). Il semble résulter de ce texte que le descendant qui se plaint de la donation la fait rescinder jusqu'à concurrence de toute sa part *ab intestat ;* mais, à mesure que s'est développée la théorie de la *querela inofficiosæ donationis,* on est arrivé à décider que cette *querela* peut seulement être exercée à l'effet de faire obtenir sa légitime à celui qui y a droit (2).

La *querela inofficiosæ donationis* ayant été admise à l'imitation de la *querela inofficiosi testamenti,* il faut en conclure qu'elle appartient aux mêmes personnes que celle-ci, et que le chiffre de la légitime qu'elle a pour but d'assurer à ces personnes est le même. — Je crois aussi que celui qui intente la *querela inofficiosæ donationis* a seulement besoin d'établir que sa légitime est entamée, et n'est pas tenu de démontrer que le donateur en a eu conscience. A la vérité, un rescrit des empereurs Dioclétien et Constance suppose qu'un enfant a été gratifié *in fraudem cæterorum* (3) ; mais aucun texte ne présente cette circonstance comme une condition indispensable pour le succès de la *querela inofficiosæ donationis.*

DES DIFFÉRENTES CLASSES D'HÉRITIERS.

On distingue trois classes d'héritiers, savoir : les héritiers nécessaires, les héritiers siens et nécessaires, les héritiers externes ou volontaires (4). Les héritiers de ces deux dernières classes peuvent exister non-seulement *ex testamento,* mais aussi *ab intestat ;* quant à l'héritier nécessaire, il ne peut exister que *ex testamento.*

(1) L. 87 § 3 *De leg.* 2o.
(2) Voy. notamment Dioclétien et Maximien, L. 8 pr., C., *De inoffic. donat.* (3, 29); Constance, L. un., C., *De inoffic. dot.* (3, 30).
(3) *Fragm. du Vatican,* § 270.
(4) Gaius, II, § 152; Inst., pr. *De heredum qualit. et differ.* (II, 19).

1° *De l'héritier nécessaire.*

On appelle *heres necessarius* l'esclave que son maître a institué en lui laissant la liberté. Dans l'ancien droit, le testateur devait la lui donner expressément ; dans le droit de Justinien, l'institution implique l'affranchissement. Cet héritier est appelé *necessarius, quia, sive velit, sive nolit, omnimodo, post mortem testatoris protinùs liber et heres est* (1).

Nous savons déjà que le testateur doit avoir eu le *dominium ex jure Quiritium* à deux époques, lors de la confection du testament et lors de sa mort (2). Ceci se rattache à la règle d'après laquelle on ne peut léguer *per vindicationem* que la chose dont on est *dominus ex jure Quiritium* à ces deux mêmes époques (3). — Du reste, peu importe que, dans l'intervalle compris entre ces deux époques, l'esclave pendant un temps plus ou moins long ait cessé d'appartenir au testateur : L'esclave ayant été aliéné, dit Ulpien, *si redemptus sit a testatore, institutio valet, et necessarius heres erit* (4).

Lorsque l'institution a été faite conditionnellement, la condition étant encore *in pendenti* à la mort du testateur, il faut absolument que l'esclave institué se trouve *in hereditate* au moment où la condition s'accomplit. Le jurisconsulte Tryphoninus fait de cette règle une application assez curieuse. Un esclave avait été institué sous condition *cum libertate ;* la condition étant encore pendante, le testateur périt de mort violente, et l'esclave *necem domini detexit;* le Préteur décide qu'il mérite la liberté : *Etsi posteà*, dit le jurisconsulte, *conditio testamenti exstiterit, aliundè liber est, id est ex præmio, non ex testamento : igitur non est necessarius domino heres, licet autem ei volenti adire* (5).

Pour être héritier nécessaire, il faut recevoir du testateur lui-même la liberté en même temps que l'hérédité. D'où la consé-

(1) Gaius, II, § 153 ; Inst., § 1 (1re phrase) *De her. qualit. et differ.* Comp. pr. et § 1 *De hered. inst.*, et, ci-dessus, p. 614 et suiv.

(2) *Fragm. d'Ulpien*, I, § 23 ; XXII, § 8.

(3) Gaius, II, § 196.

(4) L. 9 § 16, D., *De hered. instit.* (28, 5).

(5) L. 90, D., *De hered. inst.*

quence que le maître, lorsqu'il est tenu d'affranchir son esclave, ne peut pas faire de lui son héritier nécessaire (1).

J'ai déjà parlé du cas dans lequel de la *manumissio* et de l'institution une seule aurait été expressément affectée d'une condition. Le principe, en cas pareil, est que la condition tient l'une et l'autre en suspens (2).

Je rappelle aussi que, lorsqu'un testateur substitue pupillairement à son enfant son propre esclave, cet esclave, bien que n'ayant jamais appartenu à l'impubère, sera cependant pour lui un *heres necessarius* (3).

— La plupart du temps, l'esclave est institué par son maître parce que celui-ci, se sentant insolvable, craint que personne, de son plein gré, ne consentît à être son héritier. Le maître, en ce cas, appelle l'esclave à son hérédité : il l'appelle en qualité de substitué, *novissimo loco, in subsidium* (4). Alors, les créanciers héréditaires n'étant pas payés, les biens seront vendus sous le nom de l'héritier, non sous celui du défunt ; l'ignominie qui s'attache à la *venditio bonorum* atteindra l'héritier, et non pas la mémoire du défunt. Pourtant Sabinus était d'avis que l'héritier nécessaire ne doit pas encourir cette ignominie, *quia non suo vitio, sed necessitate juris, bonorum venditionem pateretur;* mais, ajoute Gaius, cette idée n'a point prévalu, *alio jure utimur* (5). Comme nous le verrons plus tard, dans le droit de Justinien, la *venditio bonorum*, la vente en bloc des biens du débiteur qui ne paie pas ses dettes, a disparu, et, par conséquent, il ne peut plus être question de l'ignominie qui en résultait autrefois.

— On voit avec quelle rigueur l'héritier nécessaire était traité dans l'ancien droit civil. Le Préteur était venu à son secours, en lui accordant un bénéfice d'une véritable importance : le bénéfice consiste en ce que les biens que l'héritier nécessaire peut avoir acquis depuis la mort de son maître, avant ou après la *bonorum venditio*, lui sont réservés, sont à l'abri des poursuites des créan-

(1) Paul, L. 84 *eod. Tit.*
(2) Voy., ci-dessus, p. 645.
(3) Ci-dessus, p. 668 et 669.
(4) Inst., pr. *De vulg. substit.* (II, 15).
(5) Gaius, II, § 154. Comp. Inst., § 1 (2e phrase) *De her. qualit. et differ.*

ciers du défunt. Lors même que le prix provenant de la vente des biens du défunt n'aurait pas suffi à payer toutes ses dettes, *quamvis pro portione bona venierint*, les biens acquis par l'héritier nécessaire ne seront pas vendus *ex hereditariâ causâ;* et cependant, comme le remarque Gaius, *cæterorum hominum quorum bona venierint pro portione, si quid posteà adquirant, etiam sæpiùs bona venire solent* (1). Ce bénéfice que le Préteur, dérogeant aux règles du droit commun, accorde à l'héritier nécessaire, s'appelle *le bénéfice de séparation.*

Les biens que l'héritier nécessaire peut ainsi séparer de ceux qui sont le gage des créanciers du défunt, ce sont les biens qui ne proviennent point du défunt, que l'héritier a pu acquérir par son travail ou par des libéralités qui lui ont été faites depuis qu'il est *sui juris.* Cela ne comprend point, dit Gaius, ce qu'il aurait acquis *ex hereditariâ causâ*, *velut si ex eo quod Latinus adquisierit, locupletior factus sit.* Supposez que le défunt avait deux esclaves, Stichus et Pamphile. Il a affranchi Stichus entre-vifs, dans des conditions telles que Stichus est devenu seulement latin; quant à Pamphile, il est devenu son héritier nécessaire. Stichus, depuis qu'il est libre, a pu acquérir des biens; il est mort quelque temps après son patron : que faisons-nous de ses biens? *Pertinent, tanquàm peculium, ad heredem patroni* (2) : ils sont donc recueillis par Pamphile. Mais Pamphile ne pourra pas les séparer des biens héréditaires, les soustraire aux poursuites des créanciers du défunt.

Réciproquement, voici un texte d'Ulpien, duquel il résulte que l'héritier nécessaire peut séparer autre chose que ce qu'il a gagné depuis qu'il est *sui juris : Sciendum est necessarium heredem servum cum libertate institutum impetrare posse separationem, scilicet ut, si non attigerit bona patroni, in eâ causâ sit ut ei quicquid posteà adquisierit separetur, sed et si quid ei a testatore debetur* (3). Que signifient ces derniers mots? Ils ne doivent pas s'appliquer au cas où, du vivant du maître, l'esclave a pû acquérir un droit de créance contre lui : le maître alors n'est obligé que naturellement. Pour en

(1) Gaius, II, § 155; Inst., même § 1, *in fine.*
(2) Gaius, III, § 58 *in fine.*
(3) L. 1 § 18, D., *De separat.* (42, 6).

trouver l'application, il faut supposer un cas comme celui-ci : Un tiers a institué le maître pour héritier, et il l'a grevé d'un legs au profit de son esclave, mais sous la condition *si liber factus fuerit.* L'esclave, devenu libre, pourra distraire à son profit l'objet légué, s'il s'agit d'un legs *per vindicationem;* et si, comme paraît le supposer Ulpien, il s'agit d'un legs *per damnationem*, il pourra concourir avec les créanciers héréditaires sur le prix de la *venditio bonorum.*

— A propos du bénéfice de séparation que le Préteur accorde à l'héritier nécessaire, je dois dire quelques mots d'une autre séparation, qui existe encore chez nous sous le nom de *séparation des patrimoines.* Lorsqu'un débiteur vient à mourir laissant pour héritier un homme qui lui-même a des dettes, les créanciers du défunt peuvent demander que les deux patrimoines soient séparés, de telle sorte que les créanciers personnels de l'héritier ne puissent pas venir concourir avec eux sur le prix provenant de la vente des biens du défunt (1).

Les créanciers du défunt qui ont demandé la séparation des patrimoines pourront-ils encore venir sur les biens personnels de l'héritier, les biens du défunt n'ayant pas suffi à les désintéresser complétement ? Sur ce point, les principaux jurisconsultes romains étaient en désaccord. Suivant Paul, les créanciers du défunt n'ont aucun recours contre l'héritier : en demandant la séparation des patrimoines, *recesserunt a personâ heredis* (2). Ulpien admet la même doctrine ; seulement il ajoute que, si les créanciers du défunt reconnaissent qu'ils ont eu tort de demander la séparation, ils pourront obtenir du Préteur une sorte de restitution contre cette demande téméraire, *justissimâ ignorantiæ causâ allegatâ* (3). Enfin Papinien enseigne que les créanciers du défunt, après avoir obtenu la séparation, peuvent encore se faire payer sur les biens de l'héritier, pourvu que tous les créanciers personnels de celui-ci soient désintéressés (4). A mon sens, ce dernier système est le seul qui

(1) Ulpien, L. 1 § 1, D., *De separat.*
(2) L. 5 *eod. Tit*
(3) L. 1 § 17 *eod. Tit.*
(4) L. 3 § 2 *eod. Tit.*

soit satisfaisant. La séparation ne doit subsister qu'autant que nous avons en présence deux masses de créanciers. De même que les créanciers de l'héritier peuvent incontestablement venir sur les biens du défunt s'il en reste après que toutes les dettes du défunt on été payées, de même, les créanciers personnels de l'héritier une fois satisfaits, il n'y a aucune bonne raison pour empècher les créanciers du défunt de s'attaquer aux biens de l'héritier. Celui-ci, en faisant adition, s'est lié envers les créanciers du défunt, et je ne puis pas comprendre comment il se trouverait libéré de son engagement par cela seul que la séparation a été demandée contre ses créanciers.

2° *De l'héritier sien et nécessaire.*

L'héritier sien et nécessaire est celui qui était immédiatement soumis à la puissance paternelle du *de cujus* au moment de sa mort. Donc, pour qu'un petit-enfant du *de cujus* vienne à sa succession en qualité d'héritier sien et nécessaire, *opus est ut pater quoque ejus, vivo patre suo, desierit suus heres esse, aut morte interceptus aut quâlibet ratione liberatus potestate* (1). Cela est évident quand le grand-père est mort intestat. Mais supposons qu'un homme, ayant sous sa puissance son fils et un petit-enfant né de son fils, institue ce petit-enfant; de plus, il a eu soin d'exhéréder son fils, sans quoi le testament serait nul. Alors, que va-t-il arriver? C'est que le fils exhérédé sera héritier, héritier nécessaire, *per nepotem* (2). Il est bien évident que, si le fils exhérédé venait à mourir avant le testateur, le petit-enfant serait lui-même héritier. De même, si le petit-enfant avait été institué sous condition, et si le fils exhérédé mourait après le testateur, mais *pendente adhùc conditione,* le petit-enfant, à l'arrivée de la condition, recueillerait pour lui-même l'hérédité.

Il paraît que les héritiers dont nous parlons sont appelés *siens*, parce qu'ils se succèdent en quelque sorte à eux-mêmes, *quia domestici heredes sunt, et vivo quoque parente quodammodo domini*

(1) Gaius, II, § 156; Inst., § 2 *De her. qual. et diff.*
(2) Ulpien, L. 6 § 5, D., *De adq. vel om. heredit.*

existimantur. Ils sont appelés *nécessaires*, parce que, sans adition, même à leur insu et malgré eux, ils se trouvent investis de l'hérédité (1). Du reste, le testateur peut instituer un *suus* sous une condition potestative pour ce *suus* : il se trouve alors dans une position analogue à celle d'un héritier externe : *eâ conditione instituti*, dit le jurisconsulte Mæcianus, *jàm non ut necessarii*, *sed suâ sponte heredes existunt*. Aussi n'ont-ils pas le bénéfice d'abstention, dont nous allons parler immédiatement (2).

— De même que le Préteur accorde le bénéfice de séparation aux héritiers nécessaires, de même il admet le bénéfice d'abstention en faveur des héritiers siens et nécessaires : *his Prætor permittit abstinere se ab hereditate, ut potiùs parentis bona veneant* (3). Mais les deux bénéfices ne sont pas soumis absolument aux mêmes principes :

1° Le bénéfice de séparation n'empêche pas que les biens du défunt ne soient vendus sous le nom de l'héritier; au contraire, par l'effet du bénéfice d'abstention, les biens du défunt seront vendus sous son nom, l'héritier n'encourra pas l'ignominie. Ainsi s'explique que l'héritier nécessaire ne puisse jamais invoquer le bénéfice d'abstention : *necessariis tantùm heredibus abstinendi potestas non datur* (4).

2° Le bénéfice de séparation doit être demandé au Préteur par l'héritier nécessaire qui veut en faire usage; rien de semblable n'est exigé en ce qui concerne le bénéfice d'abstention : *non est necesse Prætorem adire, sed sufficit se non miscuisse hereditati* (5). — S'ensuit-il que l'héritier sien et nécessaire n'ait absolument rien à faire pour jouir du bénéfice d'abstention? Non. Ce qui prouve bien qu'il a quelque chose à faire, c'est qu'on distingue suivant que *antè quid amovit*, *deindè se abstinet*, ou bien au contraire *antè se abstinuit*, *deindè tunc amovit* (6). Mais le fait qu'on exige de lui consiste simplement en une déclaration : *se dicit reti-*

(1) Gaius, II, § 157; Inst., § 2 *De her. qua.. et differ.*
(2) L. 86, D., *De hered. instit.*
(3) Gaius, II, § 158; Inst., § 2 *in fine De her. qual. et diff.*
(4) *Fragm. d'Ulpien*, XXII, § 24.
(5) Ulpien, L. 12, D., *De adq. vel om. heredit.*
(6) Ulpien, L. 71 § 9 *eod. Tit.*

nere hereditatem nolle (1). C'est seulement après qu'il a fait cette déclaration qu'on peut dire qu'il s'abstient.

L'abstention de l'héritier sien et nécessaire donne ouverture, *jure prætorio,* à la succession *ab intestat*, si le *suus* était seul institué. Elle donne ouverture à la substitution vulgaire, si le testateur en avait fait une. Enfin donne-t-elle ouverture au droit d'accroissement, s'il y avait un autre institué ? Sur ce dernier point, voici ce que répond le jurisconsulte Marcien : *Cùm hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi, sive suo sive extraneo, defertur, ut aut totam agnoscat aut a totâ recedat ; et itâ se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat* (2). — Si, à la suite de l'abstention du *suus*, personne ne prend la succession, les créanciers du défunt se feront envoyer en possession. Du reste, dans l'ancien droit, le *suus* pouvait, jusqu'à la vente, revenir sur son abstention. Sous Justinien, il faut qu'il ne se soit pas écoulé trois ans, probablement à dater de la déclaration d'abstention (3). — Le Préteur accorde le bénéfice d'abstention à la femme qui était sous la *manus* du testateur, à la bru qui était sous la *manus* de son fils : elles sont, en effet, pour le testateur, *loco filiæ* ou *loco neptis* (4). Ce qui est plus singulier, le Préteur accorde également ce bénéfice *ei qui in causâ mancipii est*, *id est mancipato*, *cùm liber et heres institutus sit ;* et cependant, comme le remarque Gaius, *necessarius*, *non etiam suus heres est*, *tanquam servus* (5). C'est une différence à noter entre la condition de l'esclave et celle de l'individu *in mancipio.*

3° *De l'héritier externe ou volontaire.*

L'*heres extraneus* est celui qui n'a jamais été sous la puissance du testateur, ou qui tout au moins n'y était pas à l'instant de sa

(1) Même L. 71, § 4.

(2) L. 55 *eod. Tit.* Si le cohéritier, déjà lié pour moitié envers les créanciers héréditaires, se dispose à répudier toute la succession, les créanciers peuvent l'en empêcher en déclarant qu'ils se borneront à lui demander la moitié dont il est déjà tenu dans les dettes du défunt : alors il prendra tout l'actif héréditaire et ne devra que la moitié du passif.

(3) L. 6, C., *De repud. vel abstin. heredit.* (6, 31).

(4) Gaius, II, § 159.

(5) Gaius, II, § 160.

mort. Ainsi, sont héritiers externes : les enfants émancipés, institués par leur père ; les enfants, naturels ou légitimes, institués par leur mère ; l'esclave, institué par son maître, puis affranchi ou aliéné par lui *inter vivos* (1).

Pour les héritiers nécessaires, la succession est acquise au même instant où elle s'ouvre. Ici, au contraire, pour les héritiers externes, le moment de l'acquisition ne se confond pas du tout avec le moment de l'ouverture.

— Celui-là seul peut acquérir une hérédité qui a *factio testamenti* avec le testateur. Or, à quel moment doit exister cette *factio testamenti* passive ? Elle doit exister à trois époques distinctes. Cela ressort principalement d'un fragment de Florentinus, qui a été reproduit dans les Institutes de Justinien (2) :

1° La *factio testamenti* passive doit exister lors de la confection du testament. — Elle se distingue en cela du *jus capiendi*, dont l'existence à ce moment est tout à fait indifférente. On a même admis favorablement que le testateur peut s'arranger de telle manière que l'institué recueillera l'hérédité à quelque époque qu'il acquière le *jus capiendi : In tempus capiendæ hereditatis*, dit Modestin, *institui heredem posse benevolentiæ est, veluti* : LUCIUS TITIUS, CUM CAPERE POTUERIT, HERES ESTO (3). — Il est à remarquer que chez nous on a mis de côté le principe suivant lequel l'institué doit avoir la *factio testamenti* au moment de la confection du testament : à ce moment, aucune condition de capacité n'est requise en la personne de l'institué (4).

2° La *factio testamenti* passive doit exister à la mort du testateur si l'institution est pure et simple, à l'arrivée de la condition si elle est conditionnelle. — Du reste, l'institué peut impunément l'avoir perdue dans l'intervalle entre la première époque et la deuxième. Ceci est remarquable, parce qu'il en est autrement en ce qui concerne la *factio testamenti* active : en droit civil, du moment que le testateur subit une *capitis deminutio*, eût-il recouvré

(1) Gaius, II, § 161 ; Inst., § 3 *De her. qual. et differ.*
(2) Florentinus, L. 49 § 1, D., *De hered. instit.* ; Inst., § 4 *De her. qual. et differ.*
(3) L. 62, D., *De hered. instit.*
(4) Code Napoléon, art. 906.

lors de sa mort l'état qu'il avait lors de la confection du testament, ce testament est *irritum*.

3° Enfin la *factio testamenti* passive doit toujours exister au moment où l'institué fait adition : *nàm jus heredis eo vel maximè tempore inspiciendum est quo adquirit hereditatem*. Et même, dans ce deuxième intervalle écoulé entre l'ouverture et l'acquisition, à la différence de ce que nous avons vu pour le premier, écoulé entre la confection du testament et l'ouverture du droit, il faut qu'il n'y ait eu aucune espèce d'interruption de cette *factio testamenti* passive.

— Comment l'héritier externe acquiert-il l'hérédité? Dans l'ancien droit, il pouvait avoir été institué *cum cretione :* alors il devait manifester son intention d'acquérir, dans un certain délai et en prononçant certaines paroles consacrées (1). D'après une loi insérée au Code de Justinien (2), l'institution *cum cretione* aurait été abolie par les empereurs Arcadius et Honorius ; mais il paraît probable qu'elle ne l'a été complétement que par Justinien.

Sans nous préoccuper davantage de la *cretio*, voyons ce que doit faire l'héritier externe pour acquérir l'hérédité. *Potest*, dit Gaius, *pro herede gerendo, vel etiam nudâ voluntate suscipiendæ hereditatis, heres fieri*. Justinien exprime la même idée sous une autre forme, en disant que celui qui veut acquérir doit déclarer sa volonté *vel re vel verbis* (3). Ainsi, on distingue l'adition proprement dite et la gestion *pro herede*. L'adition proprement dite résulte de paroles qui expriment la volonté d'être héritier. La gestion *pro herede* consiste à faire acte de maître sur les choses héréditaires, *vel vendendo res hereditarias vel prædia colendo locandove*. Il est à remarquer, du reste, que les expressions *aditio* et *pro herede gestio* sont quelquefois prises dans un sens très-général, pour désigner tout acte qui emporte acquisition de l'hérédité. — Spécialement en ce qui concerne la *pro herede gestio*, nous pouvons dire que les mêmes actes qui font acquérir l'hérédité à l'*extraneus*, qui lui font perdre

(1) Gaius, II, §§ 164-166, 170-173; *Fragm. d'Ulpien*, XXII, §§ 27 et 28, 31 et 32.
(2) L. 17, C., *De jure deliber*. (6, 30).
(3) Gaius, II, § 167; Inst., § 7 *De her. qual. et differ*.

la faculté de répudier, font perdre au *suus* le bénéfice d'abstention (1).

— Plusieurs conditions sont requises pour la validité de l'adition :

D'abord l'adition ne peut être que pure et simple. Papinien la range au nombre des *actus legitimi* qui sont viciés *per temporis vel conditionis adjectionem* (2).

L'adition ne peut émaner que de l'institué en personne, fût-ce un esclave ou un fils de famille : si le maître ou le père s'avisait de faire adition, cela serait absolument nul. De même, si l'institué vient à mourir avant d'avoir fait adition, dans les anciens principes l'institution s'évanouit ; mais Justinien a décidé que, pourvu que l'institué meure dans l'année, il transmet à ses propres héritiers le droit de faire adition (3). Déjà sous les empereurs Théodose et Valentinien, il avait été admis que, quand un *infans* est appelé à une hérédité, son père ou son tuteur peut faire adition pour lui (4).

L'adition n'est valable qu'autant que la personne qui fait adition comprend de quoi il s'agit. Comme le dit Justinien, elle doit savoir *eum in cujus bonis pro herede gerit, testatum intestatumve obiisse, et se ei heredem esse*. D'après cela, un sourd ou un muet peut très-bien acquérir une hérédité qui lui est déférée, *si tamen intelligit quod agitur* (5). Au contraire, un *furiosus* ne peut pas faire adition, à moins qu'il ne soit dans un intervalle lucide, et on doutait que la *bonorum possessio* pût être demandée par son curateur. Lorsque l'institué se trouve être sous la puissance d'un *furiosus*, on admettait déjà dans l'ancien droit que cet institué peut faire adition par l'ordre du curateur. Dans le droit de Justinien, le curateur du *furiosus* peut toujours faire adition pour son compte (6). — On admettait sans difficulté que le pro-

(1) Ulpien donne une idée générale de ces actes dans la L. 20 pr. et § 1, D., *De adq. vel om. hered.*

(2) L. 77, D., *De reg. jur.*

(3) L. 19, C., *De jure deliber.* (6, 30). Un passage des Institutes, le § 4 *De Senatusc. Orphit.* (III, 4), est encore conçu dans l'ancien système.

(4) L. 18 *eod. Tit.* Comp., ci-dessus, p. 385.

(5) Inst., § 7 *in fine De her. qual. et differ.*

(6) Marcellus, L. 63, D., *De adq. vel om. heredit.*; Justinien, L. 7 § 3, C., *De curat. fur.* (5, 70).

digue interdit peut faire adition de l'hérédité qui lui est déférée (1).

L'adition n'est valable qu'autant qu'elle se rapporte à une hérédité déjà ouverte ou déférée (2). Dans l'ancien droit, l'hérédité est ouverte ou déférée à la mort du testateur, ou, si l'institution est conditionnelle, à l'arrivée de la condition. Mais la loi Papia, pour augmenter les chances de caducité de l'institution, a voulu qu'on attendît l'ouverture solennelle des tablettes du testament ; du reste, cette innovation, que Justinien a supprimée, ne s'appliquait pas lorsqu'il n'y avait qu'un seul institué (3). — Quand je fais adition, il ne suffit pas que l'hérédité me soit réellement déférée ; il faut que je sache qu'elle m'est déférée, et déférée en vertu de tel testament (4).

Toutes les fois qu'un citoyen avait péri de mort violente, des Sénatusconsultes voulaient que ses esclaves fussent mis à la question (5). De plus, un Édit avait défendu *ne quis adeat, bonorumve possessionem petat, antequàm quæstio de familiâ habeatur, ne heres propter compendium suum familiæ facinus occultaret* (6). En cas de contravention à cette défense, les biens héréditaires pouvaient être confisqués : *non aliàs bona publicantur*, dit Ulpien, *quàm si constabit esse occisum patremfamiliâs, et heredem, antè quæstionem de familiâ habitam suppliciumque sumptum, adiisse hereditatem* (7).

De même que l'institué peut faire adition, de même il peut répudier l'hérédité qui lui est déférée : *Sicut nudâ voluntate extraneus heres fit, ità et contrariâ destinatione statim ab hereditate repellitur* (8). Dans l'ancien droit, pour que la répudiation pût ainsi résulter d'une manifestation quelconque de la volonté, il fallait que

(1) Ulpien, L. 5 § 1, D., *De adq. vel om. hered.*

(2) Ulpien, L. 21 § 2 *eod. Tit.*

(3) *Fragm. d'Ulpien*, XVII, § 1 *in fine* ; Justinien, L. un. § 1, C., *De caduc. toll.* (6, 51).

(4) Pour les applications de cette règle, voy. Paul, L. 22, Ulpien, L. 32, Africain, L. 51 pr., D., *De adq. vel om. heredit.*

(5) L. 1 pr., D., *De Senatusc. Silaniano et Claudiano* (29, 5). — *Quæstionem sic accipimus*, dit Ulpien, *non tormenta tantùm, sed omnem inquisitionem et defensionem mortis* (même L. 1, § 25).

(6) Ulpien, L. 3 § 29, D., *eod. Tit.*

(7) L. 5 § 2, D., *eod. Tit.*

(8) Inst., § 7 *De her. qual. et differ.*

l'*extraneus* eût été institué *sine cretione* (1). Institué *cum cretione*, il n'était décidément exclu de l'hérédité qu'autant que le délai fixé pour faire la *cretio* était expiré sans qu'elle eût été faite : eût-il manifesté l'intention de répudier, jusqu'à l'expiration du délai il pouvait se raviser et faire valablement *cretio* (2).

La règle générale est que l'*extraneus* répudie valablement lorsqu'il se trouve dans les mêmes conditions où il pourrait faire une adition valable. Ainsi, la répudiation serait nulle si elle était faite *antè delatam hereditatem*, si elle était faite par un homme qui ne sait pas encore positivement que l'hérédité lui est déférée, etc. (3).

L'adition, comme la répudiation, est évidemment un acte des plus graves pour l'institué, un acte d'autant plus grave qu'en général il est irrévocable : on ne pouvait donc pas exiger que l'institué prît parti sur-le-champ, avant d'avoir bien réfléchi. D'un autre côté, il y a des personnes, notamment les créanciers et les légataires du défunt, qui ont un intérêt légitime à ce que cet institué se décide promptement. Différentes mesures avaient été prises déjà dans l'ancien droit pour amener l'héritier à ne pas perdre de temps. Nous avons parlé de l'usucapion *pro herede*, qui pouvait s'accomplir au profit d'un tiers-possesseur sans bonne foi et sans juste cause (4). Nous verrons que l'héritier, qui peut avoir intérêt à joindre au titre d'héritier celui de *bonorum possessor*, n'a qu'un délai assez court (cent jours ou un an) pour demander la *bonorum possessio*. Enfin le magistrat pouvait fixer un délai dans lequel l'*extraneus* serait tenu de prendre parti : *extraneis heredibus deliberandi potestas data est de adeundâ hereditate vel non adeundâ* (5). Ce délai pouvait également être accordé au *suus*, à l'effet de retarder la vente, lorsqu'il est indécis sur le point de savoir s'il doit ou non persister dans son abstention (6). — Dans l'ancien droit, le *minimum* du délai était de cent jours (7). Sous Justinien, le magistrat

(1) Gaius, II, § 169.
(2) Gaius, II, § 168.
(3) Ulpien, L. 13 pr., et Paul, L. 18, D., *De adq. vel om. hered.*
(4) Voy., ci-dessus, p. 560 et 561.
(5) Gaius, II, § 162; Inst., § 5 (au commencement) *De her. qual. et differ.*
(6) Ulpien, L. 8, D., *De jure deliber.* (28, 8).
(7) Paul, L. 2 *eod. Tit.*

peut accorder jusqu'à neuf mois, et l'Empereur peut même accorder un an (1).

Qu'arrivera-t-il si le délai accordé à l'institué pour délibérer expire sans que cet institué se soit prononcé? Dans l'ancien droit, l'institué était par là même présumé renonçant. En effet, Gaius, supposant qu'un homme a été institué *sine cretione*, dit qu'en principe il peut faire adition quand bon lui semble; mais, ajoute-t-il, *solet Prætor, postulantibus hereditariis creditoribus, tempus constituere, intrà quod, si velit, adeat hereditatem ; si minùs, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere* (2). Ainsi l'institué peut faire adition dans le délai qui lui a été fixé à la requête des créanciers héréditaires ; faute par lui d'avoir fait adition dans le délai, les créanciers peuvent procéder à la vente des biens du défunt. Puisque ce sont les biens du défunt qui sont vendus, cela implique qu'il n'y a pas d'héritier. De même, Ulpien, supposant que Primus a été institué, que Secundus lui a été substitué vulgairement et que Tertius a été substitué vulgairement à Secundus, nous dit que le droit de Secundus ne s'ouvre pas, *substituto locus non est*, tant que l'institué peut venir : *nec substitutus antè succedere potest quàm excluso herede instituto*. Durant le délai fixé à Primus, son substitué ne pouvait donc pas faire adition ; mais, ce délai une fois expiré sans que Primus ait fait adition, *eveniet ut necessarium sit remedium Prætoris et circà denegandas Primo actiones et circà præstituendum tempus substituto*. Ulpien termine ainsi : *Ergò exspectamus in singulis ut priùs eis deferatur hereditas; tunc deindè, posteaquàm delata est, exspectamus diem præstitutum : intrà quem nisi aut adeat aut pro herede gerat, denegamus ei actiones* (3). En somme, lorsque l'institué laisse passer sans faire adition le délai qui lui a été donné pour délibérer, l'hérédité se trouve déférée au substitué comme s'il y avait eu répudiation de la part de l'institué, et désormais le Préteur refuserait à cet institué l'exercice des actions héréditaires.

Justinien a modifié sur ce point les anciens principes. Il met sur la même ligne celui qui a fait adition et celui qui n'a pas répudié

(1) L. 22 § 13, C., *De jure deliber.* (6, 30).
(2) Comment. II, § 167 *in fine*.
(3) L. 69, D., *De adq. vel om. heredit.*

dans le délai qui lui avait été donné pour délibérer : *Si non intrà datum tempus recusaverit hereditatem, omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur*... (1).

Nous savons déjà que l'adition, une fois faite, est irrévocable. Une fois que l'héritier sien s'est immiscé, une fois que l'héritier externe a fait adition, *relinquendæ hereditatis facultatem non habet.* Il faut excepter seulement le cas où il serait mineur de vingt-cinq ans : *nàm hujus ætatis hominibus, sicut in cæteris omnibus causis, deceptis, ità etiam, si temerè damnosam hereditatem susceperint, Prætor succurrit* (2). Je sais cependant, dit Gaius, que l'empereur Adrien a restitué même un majeur de vingt-cinq ans, *cùm post aditam hereditatem grande æs alienum, quod aditæ hereditatis tempore latebat, apparuisset* (3); mais, ajoute Justinien, ce fut là une faveur toute spéciale, accordée à une personne déterminée. Du reste, Gordien étendit ce bénéfice au profit de tous les militaires (4).

Justinien lui-même est allé beaucoup plus loin. Il permet au successible de faire adition et cependant de n'être tenu des dettes héréditaires que jusqu'à concurrence des biens, d'où il suit que le *jus deliberandi* ne serait plus nécessaire (5). L'innovation dont il s'agit résulte d'une Constitution, souvent appelée la loi *Scimus*, qui forme la L. 22, C., *De jure deliber*. En voici les principales dispositions :

L'héritier qui doute que l'hérédité soit bonne ne s'expose à aucun danger en l'acceptant, pourvu qu'il ait soin de faire inventaire des objets qui appartenaient au défunt à l'instant de sa mort (*h.* L. 22, § 2); — l'héritier alors ne sera pas tenu des dettes de la succession sur ses biens personnels, et il conservera intactes les créances qu'il avait sur le défunt (*h.* L. 22, §§ 4 et 9).

Aucune poursuite ne peut être exercée contre l'héritier par les créanciers ou légataires du défunt, tant que dure la confection de l'inventaire (*h.* L. 22, § 11). — L'inventaire doit être commencé

(1) L. 22 § 14, C., *De jure deliber*. (6, 30).
(2) Gaius, II, § 163; Inst., § 5 *De her. qual. et differ.*
(3) Gaius, même § 163, *in fine*.
(4) Inst., § 6 (1er alinéa) *De her. qual. et differ.*
(5) Inst., même § 6, *in fine*.

dans les trente jours à partir du moment où la personne a su que l'hérédité lui était déférée, et il doit être terminé en soixante jours (*h.* L. 22, §§ 2 et 3). — Cet inventaire doit être dressé par l'héritier ou par son mandataire, *sub præsentiâ tabulariorum* (*h.* L. 22, § 2).

L'héritier qui n'a point fait inventaire ne peut pas invoquer la loi Falcidie à l'encontre des légataires (*h.* L. 22, § 14 *in fine*).

DES LEGS.

Gaius et Justinien traitent des legs après avoir traité des hérédités testamentaires. En effet, la théorie des legs est comprise dans la matière des testaments (1).

Nous avons plusieurs définitions du legs, données par les jurisconsultes romains. Suivant Ulpien, *legatum est quod legis modo, id est imperativè, testamento relinquitur; nàm ea quæ precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur* (2). Suivant Florentinus, *legatum est delibatio hereditatis, quâ testator, ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit* (3). Enfin Modestin définit le legs : *donatio testamento relicta* (4). — Ces trois définitions, on le voit, présentent le legs comme étant une disposition testamentaire. Justinien, qui dans ses Institutes reproduit à peu près la définition de Modestin, retranche cette mention du testament : *legatum*, dit-il, *est donatio quædam a defuncto relicta* (5). Cela s'explique, parce que, comme nous le verrons, Justinien a confondu les legs et les fidéicommis; or un fidéicommis peut être laissé même par un homme qui meurt intestat.

Déjà, du temps des jurisconsultes, le mot *legatum* était pris quelquefois dans un sens très-large, pour désigner toute espèce de dispositions à cause de mort. Voici ce que disait Paul, dans son commentaire sur la loi Julia et Papia : *Et fideicommissum et mortis causâ donatio appellatione legati continentur* (6).

(1) Gaius, II, § 191; Inst., pr. *De legatis* (II, 20).
(2) *Fragm.*, XXIV, § 1.
(3) L. 116 pr., D., *De leg.* 1°.
(4) L. 36, D., *De leg.* 2°.
(5) § 1 *De leg.*
(6) L. 87, D., *De leg.* 3°.

Même en prenant le mot *legatum* dans son sens propre, dans son sens le plus étroit, nous voyons que du temps des jurisconsultes on distinguait quatre espèces de legs. Suivant les termes employés par le testateur, le legs était dit *per vindicationem, per damnationem, sinendi modo* ou *per præceptionem* (1). Comme nous allons le voir, des effets différents étaient attachés à chaque espèce de legs.

I. Legs *per vindicationem*. — Le legs est dit *per vindicationem* lorsque le testateur a employé l'une des expressions suivantes : *Do, lego, sumito, capito, sibi habeto* (2).

L'effet de ce legs est de faire acquérir directement la propriété (ou autre droit réel) au légataire, dès que l'héritier institué a fait adition. En conséquence, que la chose ainsi léguée se trouve en la possession de l'héritier ou en la possession d'un tiers, le légataire peut immédiatement la revendiquer (3).

Il y avait toutefois divergence entre les jurisconsultes sur le point de savoir quel est l'instant précis où s'opère l'acquisition au profit du légataire. Suivant les Sabiniens, l'acquisition s'opère à l'instant même de l'adition, elle s'opère même à l'insu du légataire ; seulement elle s'évanouit, elle est effacée rétroactivement, si plus tard le légataire répudie le legs. Suivant les Proculiens, au contraire, le légataire n'acquiert la chose qu'à l'instant où il a la volonté de l'acquérir (4). Dans cette dernière opinion, à qui donc appartient la chose léguée, tant que le légataire n'a pas encore accepté le legs? Elle n'appartient à personne, elle est *res nullius* (5). — Laquelle des deux opinions a prévalu en définitive? D'après Gaius, ce serait celle des Proculiens : *Hodiè*, dit-il, *ex Divi Pii Antonini Constitutione hoc magis jure uti videmur quod Proculo placuit*

(1) Gaius, II, § 192; Inst., § 2 (1er alinéa) *De leg.*

(2) Gaius, II, § 193; *Fragm. d'Ulpien,* XXIV, § 3.

(3) Gaius, II, § 194.

(4) Gaius, II, § 195. — Je ne crois pas que la question débattue entre les Sabiniens et les Proculiens présentât bien souvent de l'intérêt dans la pratique. Pourtant supposons que Titius, propriétaire du fonds Cornélien, l'a légué *per vindicationem* à Mævius; Titius est mort, son héritier a fait adition; Mævius, ignorant encore que le fonds Cornélien lui a été légué, fait lui-même un testament et lègue ce même fonds *per vindicationem* à Sempronius : dans l'opinion des Sabiniens, ce nouveau legs est valable, il est nul dans l'opinion des Proculiens (Gaius, II, § 196).

(5) Gaius, II, § 200 *in fine*.

nàm, cùm legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniæ, DELIBERENT, *inquit*, DECURIONES AN AD SE VELINT PERTINERE, *proindè ac si uni legatus esset* (1). Il faut convenir que les termes de la Constitution d'Antonin le Pieux ne prouvent réellement pas que l'Empereur adoptât la doctrine des Proculiens : même dans la doctrine des Sabiniens, on pouvait s'exprimer ainsi. Et, du reste, il paraît bien résulter de plusieurs textes du Digeste que c'est cette dernière doctrine qui a fini par l'emporter. Ainsi, Papinien et Marcien présentent le légataire comme acquérant la propriété par cela seul qu'il ne répudie pas le legs (2).

La chose qui peut valablement être léguée *per vindicationem*, en principe, c'est seulement la chose dont le défunt a été *dominus ex jure Quiritium* lors de la confection du testament et lors de sa mort. Toutefois, quand il s'agit de choses *quæ pondere*, *numero*, *mensurâ constant*, de choses fongibles, pour la validité du legs *per vindicationem* il suffit que le défunt ait été *dominus ex jure Quiritium* au moment de sa mort (3). — De la règle qui vient d'être posée il ressort que, si le testateur avait seulement *in bonis* la chose qu'il lègue, le légataire ne pourrait acquérir directement *ex testamento* qu'un droit de créance et non pas un droit réel. Cette idée se trouve encore confirmée par un passage de Gaius que j'expliquerai un peu plus loin (4).

La règle du droit civil est donc qu'un homme ne peut léguer *per vindicationem* que ce qui lui appartient. S'il avait légué ainsi la chose d'autrui, le legs serait-il absolument nul? Non : aux termes d'un sénatusconsulte rendu sur la proposition de Néron, le legs, nul comme legs *per vindicationem*, pourra valoir comme s'il avait été fait *optimo jure*, c'est-à-dire *per damnationem* (5).

Il n'est pas douteux que le legs *per vindicationem* puisse être fait

(1) Comment. II, § 195 *in fine*.— Je crois, avec M. de Vangerow (*Ueber die* LATINI JUNIANI, p. 84 et 85), que, dans l'espèce rapportée par Gaius, il s'agit d'un Latin Junien que son patron avait légué *per vindicationem* : l'affranchi ne devenant pas citoyen, le *manumissor* était considéré comme retenant le *jus Quiritium*. D'autres pensent qu'il s'agit d'un esclave appelé *Latinus*.

(2) L. 80 *De leg.* 2°, et L. 15 *De reb. dubiis* (34, 5).

(3) Gaius, II, § 196; *Fragm. d'Ulpien*, XXIV, § 7.

(4) Comment. II, § 222.

(5) Gaius, II, § 197.

sous condition. Mais, si la condition est encore pendante au moment où l'héritier fait adition, qui va être propriétaire de la chose léguée? Suivant les Sabiniens, c'est l'héritier. « En effet, disaient les Sabiniens, il doit en être ici comme au cas d'un *statuliber*, c'est-à-dire d'un esclave affranchi sous condition ; or, tant que la condition apposée à l'affranchissement n'est pas accomplie, il est constant que l'esclave appartient à l'héritier. » Au contraire, suivant les Proculiens, la chose léguée est *res nullius* tant que la condition n'est pas accomplie et même tant que le légataire n'a pas accepté le legs (1).

II. Legs *per damnationem*. — On dit que le legs est fait *per damnationem* lorsque le testateur s'est exprimé ainsi : *Heres meus damnas esto dare, facere*, ou simplement : *Heres meus dato, facito*. De même, suivant Ulpien, si le legs est conçu en ces termes : *Heredem meum dare jubeo* (2).

L'effet de ce legs est de faire acquérir au légataire, non pas un droit réel, mais simplement un droit de créance contre l'héritier. D'où la conséquence qu'on peut léguer ainsi même une *res aliena* : l'héritier doit alors tâcher de se procurer la chose pour la fournir au légataire ; s'il ne peut pas se la procurer, il en donnera la valeur au légataire (3). Du reste, nous verrons un peu plus loin que ce legs, qui a pour objet une *res aliena*, n'est valable qu'autant que le testateur a parfaitement su que la chose léguée ne lui appartenait point (4). — De même qu'on peut léguer *per damnationem* la chose d'autrui, de même on peut léguer ainsi une chose future, une chose qui n'existe pas encore *in naturâ rerum*, par exemple la récolte que tel fonds donnera l'année prochaine, l'enfant qui naîtra de telle esclave, etc. (5).

Lorsque le testateur a légué *per damnationem* sa propre chose, l'héritier, dès qu'il a fait adition, en devient propriétaire ; il est seulement débiteur du légataire, tenu envers lui d'une action personnelle, d'une *condictio*. Si la chose est *mancipi*, l'héritier doit d'a-

(1) Gaius, II, § 200.
(2) Gaius, II, § 201 ; *Fragm. d'Ulpien*, XXIV, § 4.
(3) Gaius, II, § 202.
(4) Inst., § 4 *De leg*.
(5) Gaius, II, 203.

bord la manciper ou la céder *in jure* au légataire, puis lui en faire tradition; si elle est *nec mancipi*, il suffit qu'il lui en fasse tradition : le légataire en deviendra immédiatement *dominus ex jure Quiritium* (1).

III. Legs *sinendi modo*. — Le testateur a dit : *Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere* (2).

Ici la liberté du testateur est plus grande que dans le legs *per vindicationem*, car il peut léguer soit sa propre chose, soit la chose de l'héritier; moins grande que dans le legs *per damnationem*, car il ne peut pas léguer en général la chose d'autrui (3). — Il suffit toujours que la chose ait appartenu au testateur ou à l'héritier au moment de la mort du testateur : peu importe à qui elle appartenait lors de la confection du testament (4). Ne suffirait-il même pas que la chose devînt la propriété de l'héritier quelque temps après la mort du testateur? La plupart des jurisconsultes étaient d'avis que cela ne suffirait pas pour valider le legs *sinendi modo*. Du reste, le légataire n'y perdra pas : car, en vertu du Sénatusconsulte Néronien, le legs vaudra comme legs *per damnationem*; et il en serait ainsi lors même que la chose ne serait pas devenue la propriété de l'héritier (5).

Comme dans le cas du legs *per damnationem*, il est certain qu'ici le légataire acquiert simplement un droit de créance, une action personnelle contre l'héritier. Mais à quoi précisément est obligé l'héritier? Quelques jurisconsultes, prenant à la lettre la formule du legs *sinendi modo*, disaient : « L'héritier n'a rien à transférer au légataire : il n'est pas tenu de lui faire une mancipation, une cession *in jure*, une tradition; tout ce qu'il lui doit, c'est le laisser prendre la chose. » Gaius ne paraît pas tenir cette idée pour bien sérieuse. Ici, comme dans le cas du legs *per damnationem*, l'héritier doit donc transférer au légataire la propriété et la possession (6).

(1) Gaius, II, § 204.
(2) Gaius, II, § 209; *Fragm. d'Ulpien*, XXIV, § 5.
(3) Gaius, II, § 210.
(4) Gaius, II, § 211.
(5) Gaius, II, § 212.
(6) Gaius, II, §§ 213 et 214.

IV. Legs *per præceptionem*. — Le testateur a dit : *L. Titius hominem Stichum præcipito* (1).

Ce legs habituellement est fait à l'un des héritiers institués. Les Sabiniens étaient même d'avis qu'il ne peut être fait à personne autre. En effet, *præcipere*, cela veut dire prélever ; l'expression convient au cas où une personne, appelée à partager avec d'autres une masse de biens, a le droit de prendre sur cette masse avant tout partage une certaine valeur. Dans cette doctrine, il ne peut donc pas y avoir de legs *per præceptionem* au profit d'un *extraneus*. Sabinus allait jusqu'à dire qu'un pareil legs ne devait pas même valoir comme legs *per damnationem*, en vertu du Sénatusconsulte Néronien, attendu que ce qui manque ici, ce n'est pas seulement l'expression exacte, c'est l'aptitude même du légataire ; mais Julien et Sextus réfutaient sans peine cette exagération et admettaient l'application du Sénatusconsulte Néronien (2). — Le legs *per præceptionem* ne pouvant valoir comme tel qu'au profit d'un des héritiers, les Sabiniens admettaient naturellement que l'héritier légataire l'obtenait au moyen de l'action *familiæ erciscundæ :* « Il rentre dans l'office du juge de cette action, disaient-ils, d'adjuger ce qui a été légué *per præceptionem.* » Cela suppose que la chose léguée fait partie de la succession, et les Sabiniens enseignent effectivement qu'il ne peut y avoir legs *per præceptionem* que d'une chose appartenant au testateur. Toutefois ils reconnaissent que le testateur peut léguer ainsi la chose qu'il a mancipée avec fiducie à son créancier : le juge ordonnera aux co-héritiers de désintéresser le créancier, et, la propriété de la chose étant ainsi recouvrée, il l'adjugera au légataire (3).

Les Proculiens, au contraire, pensent que même à un *extraneus* on peut faire un legs *per præceptionem*, lequel alors a le même effet qu'un legs *per vindicationem.* « On prétend, dit Gaius, que cette doctrine est consacrée dans une Constitution de l'empereur Adrien. » — Les Proculiens sont ainsi amenés à distinguer plusieurs hypothèses : Si le testateur était propriétaire *ex jure Quiri-*

(1) Gaius, II, § 216; *Fragm. d'Ulpien,* XXIV, § 6.
(2) Gaius, II, §§ 217 et 218.
(3) Gaius, II, §§ 219 et 220.

tium de la chose léguée, le légataire peut la revendiquer, qu'il soit l'un des héritiers institués ou qu'il soit un *extraneus*; — si le testateur avait seulement la chose *in bonis*, alors au profit d'un *extraneus* le legs vaudra comme legs *per damnationem*, en vertu du Sénatusconsulte Néronien, et au profit d'un héritier il y aura lieu à une *adjudicatio* que fera le juge de l'action *familiæ erciscundæ*; — enfin, si la chose n'appartenait aucunement au testateur, le légataire, *extraneus* ou héritier, pourra seulement demander l'application du Sénatusconsulte Néronien (1).

Les quatre espèces de legs qui viennent d'être indiquées ont fini par se confondre. On a d'abord supprimé l'emploi de certaines paroles consacrées, correspondant à chaque espèce de legs : *Ex Constitutionibus divorum Principum*, dit Justinien, *solemnitas hujusmodi verborum penitùs sublata est* (2). C'est en 339 que cette suppression fut ordonnée par les fils de Constantin. Quant à Justinien, par une Constitution citée aux Institutes (3), il décide qu'il n'y a plus qu'une seule espèce de legs, *ut omnibus legatis una sit natura*, et que, quels que soient les termes employés par le testateur, le légataire peut, à son choix, pour obtenir le bénéfice de son legs, faire usage d'une action personnelle, d'une revendication ou d'une action hypothécaire.

Je n'ai rien à dire en ce qui concerne l'action personnelle ; mais je dois m'arrêter un instant sur la revendication et sur l'action hypothécaire.

Malgré l'assertion de Justinien, il est absolument impossible d'admettre que le légataire puisse toujours revendiquer la chose léguée. Supposez que le testateur a légué, valablement légué, une *res aliena* : par la force même des choses, l'effet du legs se borne à constituer une obligation à la charge de l'héritier : il serait absurde d'imaginer que le légataire se trouvât de suite propriétaire de l'objet de son legs et qu'il pût le revendiquer !

Quant à l'action hypothécaire, elle sera particulièrement utile

(1) Gaius, II, §§ 221 et 222.
(2) Inst., § 2 *De leg.*
(3) L. 1, C., *Communia de leg.* (6, 43).

au légataire quand il s'agira du legs d'une somme d'argent. Elle permettra au légataire de passer avant les créanciers personnels de l'héritier sur les biens de la succession et de suivre ces biens entre les mains des tiers-détenteurs. Du reste, il n'y a pas là, à proprement parler, une innovation de Justinien : au fond, le légataire pouvait, dès le temps des jurisconsultes, arriver au même résultat à l'aide de la séparation des patrimoines. Papinien dit positivement que, les créanciers du défunt une fois payés, les légataires ont un droit de gage sur les biens de la succession : *legatarios in eâ tantùm parte quæ de bonis servari potuit habere pignoris causam convenit* (1). Cependant il faut convenir que Justinien, quand il accorde une action hypothécaire au légataire, paraît se placer à un tout autre point de vue : son idée paraît être de sous-entendre une constitution d'hypothèque émanée du testateur.

Justinien, supposant qu'il y a plusieurs héritiers tenus d'acquitter le legs, décide que le légataire ne peut demander à chacun par l'action hypothécaire que ce qu'il pourrait lui demander par l'action personnelle : *in tantum et hypothecariâ unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversùs eum competit.* Mais cela doit être entendu avec une distinction. Commençons par poser une espèce. Titius a institué deux héritiers pour parts égales, il a légué 20,000 sesterces à Sempronius ; sa fortune se compose du fonds A et du fonds B, qui sont de même valeur. Le légataire, agissant par action personnelle, pourrait demander 10,000 sesterces à l'héritier Primus, 10,000 sesterces à l'héritier Secundus. Les 10,000 sesterces dus par Primus sont garantis hypothécairement par tout ce que le défunt lui a transmis, c'est-à-dire par une moitié indivise dans le fonds A et par une moitié indivise dans le fonds B : ces deux moitiés indivises sont affectées à l'obligation de Primus, non à celle de Secundus : donc, si le légataire invoque son hypothèque vis à vis de Primus, elle ne pourra jamais lui faire obtenir plus que les 10,000 sesterces dus personnellement par Primus. Ce que nous venons de dire pour Primus est également vrai pour Secundus. Ainsi s'applique parfaitement la règle posée par Justinien. Mais les choses vont changer d'aspect si nous sup-

(1) L. 4 § 1, D., *De separat.* (42, 6).

posons que le légataire invoque son hypothèque après que la succession a été partagée entre les deux héritiers. Par l'effet du partage, Primus est aujourd'hui seul propriétaire du fonds A, Secundus seul propriétaire du fonds B. En réalité, il y a eu là un échange : Primus a fait abandon de sa moitié indivise dans le fonds B, moyennant que Secundus lui fît abandon de sa moitié indivise dans le fonds A. En somme, Primus détient deux moitiés indivises, l'une affectée au paiement des 10,000 sesterces dus personnellement par lui, l'autre affectée au paiement des 10,000 sesterces dus personnellement par Secundus : donc le légataire, qui personnellement ne peut lui demander que 10, peut hypothécairement lui demander 20. Voilà où mènent forcément les principes de l'hypothèque (1).

— Justinien ne s'est pas borné à confondre entre elles les différentes espèces de legs. Dans l'ancien droit, à côté des legs existaient les fidéicommis, et de nombreuses différences étaient signalées par les jurisconsultes entre ces deux sortes de dispositions (2). *Necessarium esse duximus*, dit Justinien, *omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia* (3). Du reste, malgré cette assimilation, les rédacteurs des Institutes ont spécialement consacré aux fidéicommis deux Titres qui seront expliqués plus loin.

Une matière dont je vais m'occuper immédiatement, parce qu'elle se rattache d'une façon très-étroite aux notions générales sur le legs et sur les différentes espèces de legs, c'est la matière du droit d'accroissement. Les rédacteurs des Institutes y ont également consacré un des premiers paragraphes du Titre *De legatis*, le § 8.

Du droit d'accroissement.

Pour qu'il puisse être question du droit d'accroissement *in legatis*, il faut supposer avant tout que, dans un même testament, une certaine chose a été léguée à plusieurs personnes. L'une de

(1) Je reviendrai sur la question, à propos du § 7, Inst., *De action.* (IV, 6).
(2) Voy. Gaius, II, §§ 268 et suiv.
(3) Inst., § 3 *De leg.*

ces personnes venant à manquer, qu'en résultera-t-il? qui est-ce qui profitera de cette défaillance? Dans la réponse à cette question se trouve comprise toute la théorie du droit d'accroissement. Du reste, la réponse à faire est très-différente suivant l'époque à laquelle on se place. Il importe de bien distinguer les règles suivies: 1° avant les lois caducaires, 2° sous l'empire des lois caducaires, 3° dans le droit de Justinien. Ce sont trois époques que nous allons étudier successivement.

I. *Ancien droit.* — La forme du legs a ici une grande importance. Supposons d'abord un legs *per vindicationem*.

La même chose a été léguée à deux personnes, soit *conjunctim*, c'est-à-dire par une seule disposition (*Titio et Seio hominem Stichum do lego*), soit *disjunctim*, c'est-à-dire par deux dispositions séparées (*Titio hominem Stichum do lego, Seio eumdem hominem do lego*) : si les deux légataires se présentent pour recueillir, chacun aura moitié; si l'un fait défaut, sa part accroissant à l'autre, celui-ci aura tout (1). Chacun des légataires était appelé *in solidum*, était appelé à la totalité; mais, comme chacun ne peut pas avoir à la fois la totalité, *concursu partes fiunt* (2). Du moment que l'un des deux légataires fait défaut, il n'y a plus d'obstacle à ce que la vocation de l'autre s'exécute pleinement : c'est comme si celui-ci avait été seul appelé : suivant l'expression d'Ulpien, *retrò accrevisse videtur dominium* (3). En réalité, il y a ici un non-décroissement plutôt qu'un accroissement.

Gaius met sur la même ligne le cas où les légataires sont appelés *conjunctim* et le cas où ils sont appelés *disjunctim*. En effet, quand il n'y a que deux légataires, ou quand il y en a un nombre quelconque et que tous sont appelés *conjunctim* ou tous *disjunctim*, le résultat sera le même quel que soit le mode de vocation employé. Mais supposons que le testateur ait appelé Primus et Secundus *conjunctim*, Tertius *disjunctim* : alors, si tous les trois viennent, Primus et Secundus à eux deux auront moitié, Tertius à lui seul aura moitié, dans la chose léguée; si Primus fait défaut, l'accrois-

(1) Gaius, II, § 199.
(2) Celsus, L. 80, D., *De leg.* 3°.
(3) L.L. 17 § 1 et 35. D., *Ad leg. Aquiliam* (9, 2).

sement s'opérera en faveur de Secundus et non en faveur de Tertius.

Comment s'opère l'accroissement? A cet égard, je signalerai trois caractères fort remarquables : 1° L'accroissement a lieu *etiam invito collegatario,* même à l'insu du co-légataire et malgré lui : en effet, celui qui est appelé *in solidum* ne peut pas accepter le legs pour partie et le répudier pour partie. — 2° Lorsque le défaillant était soumis à quelque charge particulière, l'accroissement a lieu *sine onere,* à moins que n'apparaisse clairement une intention contraire du testateur : en effet, le co-légataire vient *jure proprio*, il n'emprunte rien au défaillant. — 3° L'accroissement a lieu *portionis portioni,* et non pas *portionis personæ.* En conséquence, si, au moment où Primus vient à faire défaut, Secundus est déjà mort après avoir recueilli sa part, la part de Primus accroîtra aux héritiers de Secundus.

Lorsque c'est un droit d'usufruit qui a été légué à deux personnes, il y a deux particularités à observer : 1° Même après que les deux légataires ont recueilli le bénéfice du legs, le droit de l'un venant à s'éteindre, l'accroissement s'opérera au profit de l'autre. *In proprietate,* dit Ulpien, *altero repudiante, alter totum fundum haberet. Sed in usufructu hoc plus est : quia et constitutus, et posteà amissus, nihilominùs jus accrescendi admittit... Usus fructus cottidiè constituitur et legatur... Cùm primùm itaque non inveniet alter eum qui sibi concurrat, solus utitur in totum. Nec refert conjunctim an separatim relinquatur* (1). J'avoue, du reste, que cette règle particulière ne me semble pas justifiée : il n'est pas exact de dire que chaque jour naît au profit de l'usufruitier un droit nouveau, puisque l'usufruit s'éteint par le non-usage et par la *capitis deminutio* de l'usufruitier. — 2° L'accroissement ici a lieu, non plus *portionis portioni*, mais *portionis personæ.* Exemple : L'usufruit du fonds Cornélien a été légué à Primus et à Secundus ; un tiers possédant comme plein propriétaire le fonds Cornélien, Primus intente contre lui l'action confessoire et succombe : le voilà donc privé de sa moitié dans l'usufruit du fonds. Si plus tard la part d'usufruit de Secundus vient à s'éteindre pour celui-ci, Primus y aura droit, et

(1) L. 1 § 3, D., *De usufr. accresc.* (7, 2). Comp. *Fragm. du Vatican,* § 77.

la chose jugée sur son action confessoire ne pourra pas lui être opposée (1).

— Passons au cas où la chose a été léguée à plusieurs *per damnationem*. Il faut soigneusement distinguer si les légataires sont appelés *conjunctim* ou s'ils sont appelés *disjunctim*. Quand ils sont appelés *conjunctim, damnatio partes facit* (2), l'obligation de l'héritier naît divisée : il doit la moitié de la chose à Primus, l'autre moitié à Secundus. Primus est considéré comme étant appelé, non pas à la totalité, mais seulement à la moitié de la chose : en conséquence, que Secundus vienne ou que Secundus fasse défaut, Primus n'aura jamais droit qu'à la moitié. *In conjunctis*, dit Gaius, *deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in hereditate remanet*. Lors, au contraire, que les deux légataires sont appelés *disjunctim*, chacun se trouve créancier de la chose entière. C'est comme si, m'étant porté fort de faire avoir à Primus le fonds Cornélien, je me porte fort quelques jours après de le faire avoir à Secundus : la créance de Primus comme celle de Secundus a pour objet le fonds Cornélien tout entier. Seulement, dans l'exécution, voici comment les choses vont se passer : le premier des deux légataires qui se présentera pour être payé pourra obtenir la chose même, et celui qui viendra ensuite devra se contenter de l'estimation : *Singulis solida res debetur, ut scilicet heres alteri rem, alteri æstimationem ejus præstare debeat* (3). En droit, il est parfaitement indifférent à Primus que Secundus vienne ou qu'il fasse défaut. Ainsi, dans le legs *per damnationem*, sans doute le résultat n'est pas le même suivant que les légataires sont appelés *conjunctim* ou *disjunctim ;* mais, pas plus dans un cas que dans l'autre, il ne peut y avoir d'accroissement.

— Lorsque la même chose est léguée à plusieurs *sinendi modo*, pas de difficulté si les légataires sont appelés *conjunctim :* les choses se passeront comme au cas du legs *per damnationem*. Mais, si les légataires sont appelés *disjunctim*, nous voyons qu'il y avait désaccord entre les jurisconsultes romains, dans l'hypothèse où

(1) Papinien, L. 33 § 1, D., *De usufr.* (7, 1).
(2) *Fragm. du Vatican*, § 85.
(3) Gaius, II, § 205.

tous les légataires se présentent. Lorsqu'on admet que l'héritier doit transférer la chose au légataire et non pas simplement lui permettre de la prendre, il est naturel de décider, comme au cas du legs *per damnationem*, que le premier qui se présente obtient la chose et que l'héritier peut encore avoir à en payer l'estimation. Au contraire, en s'attachant aux termes dans lesquels le legs est conçu, on arrive à dire que l'héritier, une fois qu'il a permis à l'un des légataires de prendre la chose, ne doit plus rien à personne (1).

— Enfin, dans le cas du legs *per præceptionem*, les choses se passent absolument comme dans le cas du legs *per vindicationem*. Que plusieurs légataires soient appelés, soit *conjunctim*, soit *disjunctim*, s'ils viennent tous, chacun n'aura qu'une part; si quelqu'un d'entre eux fait défaut, il y aura lieu pour les autres au droit d'accroissement (2).

Lorsqu'un des héritiers recueille ce qui lui a été légué *per præceptionem*, il ne le recueille pas pour la totalité en qualité de légataire. Ainsi, Titius, après avoir institué trois héritiers *ex æquis partibus*, a légué à Primus, l'un d'eux, le fonds Cornélien : Primus aura le fonds Cornélien, pour un tiers *tanquàm heres*, pour deux tiers *tanquàm legatarius*. De ce principe dérivent les conséquences suivantes : Un testateur a légué le fonds Cornélien à Primus, un de ses trois héritiers, et à un *extraneus* : sur le tiers qui appartient à Primus comme institué, Primus ne peut pas venir comme légataire : cela doit profiter à son co-légataire, et, par suite, celui-ci aura deux tiers dans le fonds Cornélien, tandis que Primus aura seulement un tiers (3). — Un testateur a institué deux héritiers, l'un *ex unciâ*, l'autre *ex undecim unciis;* puis il leur a légué le fonds Cornélien : que donnerons-nous à chacun dans ce fonds? Celui qui est institué pour une once, *unciarius heres,* aura onze douzièmes, et l'autre n'aura qu'un douzième (4). — Un testateur a légué le fonds Cornélien à Primus, qu'il avait institué

(1) Gaius, II, § 215.
(2) Gaius, II, § 223.
(3) Ulpien, L. 34 § 11, D., *De leg.* 1°.
(4) Même L. 34, § 12.

pour moitié, et à deux *extranei* : Primus n'a droit qu'à un sixième du fonds (1).

II. *Système des lois caducaires.* — En vertu de la loi Papia, la part du légataire défaillant, qui *jure antiquo* profitait au colégataire ou restait *in hereditate*, cette part est considérée comme caduque : elle profitera donc à ceux qui ont le *jus vindicandi caduca* (2). Du reste, ici, comme en matière d'institution, trois hypothèses doivent être distinguées :

1° Il peut y avoir caducité proprement dite. Cela se présente lorsque le légataire est Latin Junien, — lorsqu'il est *cœlebs* (sauf certains cas exceptionnels où le *cœlebs* a le *jus capiendi*), — lorsqu'il est *orbus* (cas où on lui enlève la moitié de ce qui lui revenait), — enfin lorsqu'il meurt ou devient pérégrin depuis la mort du testateur et avant l'ouverture des tablettes du testament (3). — Une Constitution des empereurs Théodose et Valentinien admet toutefois que, quand le légataire qui meurt depuis la mort du testateur et *antè apertas tabulas* est un descendant du défunt, s'il laisse lui-même des descendants, ceux-ci peuvent prendre sa place (4).

2° Le legs peut se trouver *in causâ caduci*. Cela se présente lorsque le légataire meurt ou devient pérégrin dans l'intervalle entre la confection du testament et la mort du testateur, ou lorsqu'il répudie le legs. — Ici le *jus antiquum* est conservé aux ascendants et aux descendants du défunt. C'est seulement quand il ne se trouve personne pour invoquer ce *jus antiquum* qu'il y a lieu au *jus caduca vindicandi*. — Il paraît aussi que, quand un légataire était exclu comme indigne, la disposition dont on lui enlevait le bénéfice était traitée comme caduque (5).

3° Quand il s'agit d'une disposition *pro non scriptâ*, et de même quand il s'agit d'un legs d'usufruit, les règles de l'ancien droit

(1) Florentinus, L. 116 § 1 *De leg.* 1°.
(2) Gaius, II, § 206 ; *Fragm. d'Ulpien*, XXIV, §§ 12 et 13.
(3) *Fragm. d'Ulpien*, XVII, § 1.
(4) L. un., C., *De his qui antè apertas tab.* (6, 52). La Constitution s'applique à l'institution comme au legs.
(5) *Fragm. d'Ulpien*, XIX, § 17.

sont restées en vigueur, les lois caducaires ne s'appliquent point.

— Voyons maintenant quelles sont précisément les personnes qui vont profiter de ce qu'un legs est caduc, ou, en d'autres termes, à qui appartient le *jus caduca vindicandi*.

S'il existe un *collegatarius conjunctus* ayant des enfants, c'est lui que la loi Papia appelle tout d'abord à recueillir la part caduque. A défaut de ce *collegatarius conjunctus*, l'héritier ayant des enfants; et, s'il n'en existe point, un légataire quelconque ayant des enfants. Enfin, si ces trois classes de personnes font également défaut, le bénéfice de la disposition caduque est transporté au trésor public, *ad ærarium* ou *ad populum* (1).

Au point de vue des lois caducaires, qui considérerons-nous comme étant un co-légataire conjoint? La réponse se trouve dans un texte que pendant longtemps on a regardé mal à propos comme s'appliquant au droit d'accroissement. Paul, dans son commentaire sur la loi Julia et Papia, dit qu'il y a *conjunctio re, non etiam verbis*, lorsque la même chose est léguée séparément à deux personnes; et *conjunctio verbis, non etiam re*, lorsqu'une chose est léguée à deux personnes par une seule phrase, mais *æquis partibus*, de manière que chacune est appelée seulement à la moitié. Le véritable conjoint, celui qui est *conjunctus re et verbis*, a sans difficulté le *jus caduca vindicandi* préférablement à tous autres. Quant au *conjunctus re tantùm*, il est également certain qu'il ne vient que comme les autres légataires, *constat non esse potiorem*. Enfin, relativement au *conjunctus verbis tantùm*, Paul nous dit qu'il y a question, et il ajoute : *Magis est ut et ipse præferatur* (2). On voit que le *conjunctus*, qui, d'après la loi Papia, a en première ligne le *jus caducum vindicandi*, peut être un homme que le testateur appelait uniquement à une part et non pas à la totalité de la chose. Et cette observation suffit pour expliquer ce que dit Gaius : *Plerisque placuit, quantùm ad hoc jus quod lege Papiâ conjunctis constituitur, nihil interesse utrùm per vindicationem an per damnationem legatum sit* (3). En somme, pour déterminer à qui appartient le *jus caducum vin-*

(1) Gaius, II, §§ 207 et 286.
(2) L. 89, D., *De leg.* 3°.
(3) Gaius, II, § 208.

dicandi, on s'attache à un tout autre principe que quand il s'agit de savoir qui profite du droit d'accroissement.

Ulpien nous dit qu'en vertu d'une Constitution d'Antonin Caracalla, *omnia caduca fisco vindicantur* (1). Faut-il en conclure que cet empereur avait supprimé le privilége des *patres*, qu'en vertu de sa Constitution toute disposition caduque profitait immédiatement et exclusivement au fisc? Non. Il est probable que l'innovation d'Antonin Caracalla se bornait à faire venir le fisc là où venait autrefois l'*ærarium*, c'est-à-dire à défaut de tout *pater* nommé dans le testament. Nous avons, en effet, des passages d'Ulpien lui-même où il mentionne encore le privilége des *patres* (2). Nous avons surtout une phrase de Justinien qui prouve que ce privilége des *patres* a subsisté jusqu'à lui : *Scientes etiam fiscum nostrum ultimum ad caducorum vindicationem vocari, tamen nec illi pepercimus* (3). Peut-être Justinien n'eût-il pas mis autant d'empressement à supprimer ce qui restait encore du *jus caduca vindicandi*, si le droit en question ne se fût exercé qu'au profit du fisc.

— Si le *jus caduca vindicandi* n'appartient pas aux mêmes personnes que le *jus accrescendi*, les deux droits diffèrent encore l'un de l'autre sous deux rapports : 1° tandis que l'accroissement a lieu *etiam invito*, la *vindicatio* est purement facultative; 2° tandis que l'accroissement a lieu *sine onere*, celui qui revendique un caduc se soumet aux charges qu'eût subies le défaillant, *caduca cum suo onere fiunt* (4).

III. *Droit de Justinien.* — On peut dire, d'une manière générale, que Justinien reproduit la règle de l'ancien droit sur le legs *per vindicationem*. Voici, en effet, ce que nous trouvons aux Institutes : *Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit vel alio*

(1) *Fragm.*, XVII, § 2.
(2) *Fragm.*, XIX, § 17, et XXV, § 17. Voy. aussi le Fragment *De jure fisci* (habituellement attribué à Paul), § 3.
(3) L. un., § 14, C., *De caduc. toll.* (6, 51).
(4) *Fragm. d'Ulpien*, XVII, § 3.

quolibet modo defecerit, *totum ad collegatarium pertinet* (1). — Cependant Justinien a fait quelques emprunts au système des lois caducaires :

1° L'accroissement aura lieu lors même que le legs ne peut produire qu'un droit de créance, par exemple lorsque c'est une *res aliena* qui a été léguée à deux personnes. Remarquez, en passant, que, dans cette même hypothèse, si les légataires sont appelés *disjunctim* et qu'ils viennent tous, on n'appliquera point la règle autrefois suivie en matière de legs *per damnationem*, chaque légataire n'aura droit qu'à une part (2).

2° Quand les légataires sont appelés *conjunctim*, par une seule et même phrase, l'accroissement a lieu *cum onere*, et il est facultatif (3). C'est seulement au cas où les légataires sont appelés *disjunctim* qu'on s'en tient à l'ancien principe du legs *per vindicationem*.

3° Enfin, suivant la plupart des interprètes, Justinien aurait admis l'accroissement même quand il s'agit de légataires *conjuncti verbis tantùm*, de légataires que le testateur n'a aucunement appelés à la totalité (4).

— Quant à la disposition *pro non scriptâ*, Justinien déclare qu'il entend conserver purement et simplement l'ancien droit (5). Il s'agit sans aucun doute de l'ancien droit sur le legs *per vindicationem*. Nous dirons donc que, dans la législation de Justinien, sans distinguer si les deux légataires ont été appelés *conjunctim* ou *disjunctim*, du moment que la disposition faite au profit de l'un est *pro non scriptâ*, il y a lieu d'admettre l'accroissement, de l'admettre comme forcé et comme ayant lieu *sine onere*.

Nous n'avons encore présenté que des notions générales sur la matière des legs. Nous entrons maintenant dans les détails. Voici

(1) § 8 *De leg.*

(2) L. un., § 11, C., *De caduc. toll.* (6, 51).

(3) Même L. un., § 11.

(4) Voy., en sens contraire, mon savant collègue M. Machelard, *Dissertation sur l'accroissement*, p. 314 et suiv.

(5) L. un., § 3, C., *De caduc. toll.*

les trois questions que nous allons successivement étudier :

1° Que peut-on léguer ?

2° A qui peut-on faire un legs ?

3° Le legs peut-il venir à une place quelconque dans le testament, et peut-il être fait sous toute espèce de modalités ?

I. Que peut-on léguer ?

On peut léguer non-seulement une chose actuellement existante, mais même une chose future (1). Comme nous l'avons vu, déjà dans l'ancien droit on pouvait léguer une chose future ; le legs valait alors comme legs *per damnationem* (2). — Le legs d'une chose future renferme nécessairement une condition implicite ; du reste, cette condition n'a pas le même effet qu'une condition expresse : suivant l'expression de Papinien, que nous expliquerons un peu plus loin, *dies legati cui conditio non adscribitur, quamvis extrinsecùs exspectanda sit, cedit* (3).

La chose léguée doit être dans le commerce. *Liber homo*, dit Ulpien, *aut res populi, aut sacra, aut religiosa, nec per damnationem legari potest, quoniam dari non potest* (4). La même règle est posée aux Institutes : *Si talis res sit cujus non est commercium, nec æstimatio ejus debetur, sicuti si campum Martium vel basilicas vel templa vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit : nàm nullius momenti legatum est* (5). — Même les biens du domaine privé de l'Empereur sont considérés en principe comme étant hors du commerce et comme ne pouvant pas être l'objet d'un legs. *Et ea prædia Cæsaris quæ, in formam patrimonii redacta, sub Procuratore patrimonii sunt, si legentur, nec æstimatio eorum debet præstari : quoniam commercium eorum, nisi jussu Principis, non sit, cùm distrahi non soleant* (6). — Il est à remarquer qu'en ajoutant une condition au

(1) Inst., § 7 *De leg.*
(2) Gaius, II, § 203 ; et, ci-dessus, p. 726.
(3) L. 25 § 1, D., *Quandò dies legat.* (36, 2).
(4) *Fragm.*, XXIV, § 9.
(5) § 4 (2e phrase) *De leg.*
(6) Ulpien, L. 39 § 10, D., *De leg.* 1o. Texte déjà cité, ci-dessus, p. 433.

legs dont l'objet n'est pas dans le commerce, on n'augmenterait en aucune façon ses chances de validité : un pareil legs resterait nul lors même qu'à l'arrivée de la condition la chose se trouverait être *in commercio*.

Déjà dans l'ancien droit, on pouvait léguer *per damnationem* une chose appartenant à autrui (1). Justinien admet également la validité du legs d'une *res aliena : Non solùm testatoris vel heredis res, sed etiam aliena legari potest, ità ut heres cogatur redimere eam et præstare, vel, si non potest redimere, æstimationem ejus dare* (2). L'héritier tenu de ce legs est recevable à offrir l'estimation de la chose, non-seulement lorsque le propriétaire de cette chose ne veut absolument pas s'en défaire, mais encore lorsqu'il en demande un prix exorbitant (3).

Dans le droit de Justinien, comme dans l'ancien droit, le legs de la chose d'autrui n'est valable qu'autant que le testateur a su qu'il s'agissait de la chose d'autrui. Il est évident que le legs constitue pour l'héritier une charge plus lourde quand c'est une *res aliena* qui a été léguée, l'héritier devant alors presque toujours faire de grands efforts pour se procurer la chose à un prix raisonnable. Le testateur lègue le fonds Cornélien, qu'il croit lui appartenir : très-probablement, s'il avait su que ce fonds appartient à autrui, il ne l'aurait pas légué, il n'aurait pas voulu imposer une si lourde charge à son héritier (4). — Cela étant, un procès va sans doute s'engager, après la mort du testateur, entre l'héritier et le légataire, l'héritier prétendant qu'il n'est pas tenu du legs parce que le testateur a cru être propriétaire de la chose, le légataire

(1) Gaius, II, §§ 202 et 210. Comp., ci-dessus, p. 726 et 727.
(2) Inst., § 4 (1re phrase) *De leg.*
(3) Ulpien, L. 71 § 3, D., *De leg.* 1°.
(4) Inst., § 4 (3e phrase) *De leg.*
Que décider si la chose que le testateur a crue sienne appartenait à l'héritier? Papinien résout la question en faveur du légataire : *non est Neratii Prisci sententiæ nec Constitutioni locus, quà cavetur non cogendum præstare legatum heredem.* Et il justifie parfaitement cette solution : *nàm succursum est heredibus, ne cogerentur redimere quod testator suum existimans reliquit. Sunt enim magis in legandis suis rebus quàm in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates ; quod in hâc specie non evenit, cùm dominium rei sit apud heredem* (L. 67 § 8, D., *De leg.* 2°).

soutenant qu'il a parfaitement su qu'elle appartenait à autrui : à qui des deux plaideurs incombe alors le fardeau de la preuve? *Verius esse existimo*, dit Marcien, *ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere scîsse alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere ignorâsse alienam, quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* (1). Justinien consacre cette doctrine, en empruntant même les termes du jurisconsulte (2). Il est effectivement conforme aux principes d'imposer au légataire le fardeau de la preuve. Le legs est une dérogation au droit commun; or, c'est toujours à celui qui prétend qu'il existe en sa faveur une dérogation au droit commun à en apporter la preuve. Il faut cependant convenir qu'il y a quelque chose d'un peu singulier à présumer ainsi l'erreur du testateur. — Dans un cas particulier, le légataire n'aurait rien à prouver : il s'agit du cas où, ce légataire étant soit le conjoint, soit le proche parent du testateur, on peut raisonnablement croire qu'en toute hypothèse le testateur aurait fait la disposition dont il s'agit. C'est ce que décide expressément une Constitution de l'empereur Alexandre (3).

— Peut-on léguer à une personne la chose qui lui appartient? Non : un pareil legs est inutile. Cela va sans difficulté quand la chose continue d'appartenir au légataire : en effet, il est de toute impossibilité que l'héritier transfère la propriété à celui qui l'a déjà. Mais, la chose eût-elle cessé d'appartenir au légataire lors de la mort du testateur, cas auquel il n'y aurait plus impossibilité d'exécuter le legs, ce legs n'en resterait pas moins inutile (4). C'est là une application de la célèbre règle Catonienne, règle qui se formule ainsi : *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere* (5). Quand un homme, faisant son testament, y met un legs qui ne pourrait pas être exécuté s'il mourait immédiatement, ce legs restera nul quoi qu'il arrive. — Du reste, la règle Catonienne ne s'applique pas à tous les legs. Notamment elle ne s'applique pas aux legs condition-

(1) L. 21, D., *De probat.* (22, 3).
(2) Inst., § 4 *in fine De leg.*
(3) L. 10, C., *De leg.* (6, 37).
(4) Inst., § 10 *De leg.*
(5) Celsus, L. 1 pr., D., *De regulâ Caton.* (34, 7).

nels. Aussi n'y a-t-il rien de contraire à ce que décident les Institutes dans ce texte de Celsus : *Si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur* (1). Celsus, en effet, suppose que le fonds qui vous appartient vous est légué sous la condition que du vivant du testateur il aura cessé de vous appartenir. — On voit combien il importe de distinguer entre le vice absolu et le vice relatif. Quand il s'agit d'un vice absolu, par exemple quand la chose léguée n'est pas dans le commerce, vainement le testateur aurait-il apposé une condition : le legs restera nul quoi qu'il arrive. Au contraire, quand le vice est purement relatif, par exemple quand la chose, qui en elle-même est bien susceptible d'être léguée, se trouve appartenir déjà au légataire, le legs qui, fait purement et simplement, serait nul *omnimodo*, a chance de valoir s'il est fait sous condition.

De même que la règle Catonienne ne s'applique pas au legs conditionnel, de même elle ne s'applique pas au legs d'usufruit. Cela nous permet de comprendre la décision suivante donnée par le jurisconsulte Pomponius : *Si usumfructum habeam, eumque legaverim : nisi posteà proprietatem ejus nactus sim, inutile legatum est* (2). Etant usufruitier du fonds Cornélien, je lègue *per vindicationem* à un de mes amis mon droit d'usufruit. En principe, le legs est nul ; il ne peut même pas être validé au moyen du Sénatusconsulte Néronien : car la chose léguée aura nécessairement péri au moment où s'ouvrira le droit du légataire. Seulement, si avant de mourir j'acquiers la propriété du fonds Cornélien, la règle Catonienne ici n'étant pas applicable, rien ne s'opposera plus à l'exécution du legs.

Supposons un legs auquel s'applique habituellement la règle Catonienne, un legs pur et simple, un legs de propriété. Je lègue le fonds Cornélien, non pas à Titius qui en est propriétaire, mais à l'esclave de Titius : *Servo alieno*, dit Paul, *posse rem domini legari Valens scribit....: cùm enim servo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantùm inspicitur ut sit cum eo testamenti fac-*

(1) Même L. 1, § 2.
(2) L. 24 § 1, D., *De leg.* 1°.

tio; cæterùm ex personâ servi constitit legatum (1). En proclamant ainsi la validité du legs, Valens et Paul ne méconnaissent point la règle Catonienne. Comme l'indique très-bien M. Pellat, « l'héritier « donnera au maître l'estimation : car ce serait une proposition « puérile de sa part que de dire au maître : *Vendez-moi et livrez-« moi votre chose, je vous en paie le prix, et je vous rends sur-le-« champ la chose*. Cela se réduit à donner au maître l'estimation « de sa chose » (2). Au contraire, quand le testateur a légué le fonds Cornélien au propriétaire lui-même, ce serait une interprétation trop hardie de sa volonté que de lui supposer l'intention de léguer l'estimation du fonds.

— Quand le testateur a légué la chose d'autrui la croyant sienne, nous savons que le legs est nul. Supposons l'erreur inverse: le testateur a légué sa propre chose, ne sachant pas qu'elle lui appartenait. Ici le legs est valable : *nàm plus valet quod in veritate est quàm quod in opinione* (3). On peut dire que le testateur aurait fait le legs à plus forte raison s'il avait su être propriétaire.

On admet également la validité du legs lorsque le testateur a cru à tort que la chose appartenait au légataire : on l'admet, *quia exitum voluntas defuncti potest habere* (4). Il faut convenir toutefois qu'il y a là une certaine bizarrerie : car le testateur a dû penser que le legs était nul.

— Le legs d'une *res aliena*, fait valablement, peut s'évanouir ensuite par une circonstance particulière. *Si res aliena legata fuerit, et ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causâ emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si verò ex causâ lucrativâ, veluti ex causâ donationis vel ex aliâ simili causâ, agere non potest : nàm traditum est duas lucrativas causas in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non posse* (5). La distinction ici faite est facile à justifier. Quel est le but du testateur quand il fait un legs? Il veut que le légataire acquière une certaine chose sans bourse délier. Lorsque

(1) L. 82 § 2, D., *De leg.* 2°.
(2) *Revue historique de droit français et étranger*, t. IX, p. 224 et suiv.
(3) Inst., § 11 (1re phrase) *De leg.*
(4) Inst., même § 11, *in fine*.
(5) Inst., § 6 *De leg.*

le légataire devient propriétaire de la chose autrement qu'en vertu du testament, le but du testateur est-il rempli? Oui, s'il n'en a rien coûté au légataire pour réaliser cette acquisition; non, s'il n'a pu la réaliser qu'à titre onéreux. Donc le legs doit s'évanouir dans le premier cas; il doit subsister dans le deuxième, de manière que le légataire soit remboursé de ce qu'il lui en a coûté. — Le texte des Institutes suppose que le légataire a ainsi acquis la chose *aliundè*, du vivant du testateur; mais la décision serait exactement la même s'il l'avait acquise après la mort du testateur, avant l'exécution du legs.

Supposons que deux de mes amis, sachant que j'ai grande envie du fonds Cornélien qui appartient à une tierce personne, me l'ont légué l'un et l'autre : pourrai-je agir successivement en vertu des deux testaments? Il faut distinguer. Si l'héritier du testateur Primus m'a fourni le fonds Cornélien lui-même, le but que se proposaient les deux testateurs en me léguant le fonds Cornélien est parfaitement rempli : je n'ai plus rien à demander à l'héritier du testateur Secundus. Si, au contraire, l'héritier de Primus, ne pouvant se procurer le fonds légué, m'en a remis l'estimation, le droit qui résulte pour moi du testament de Secundus reste intact et je puis parfaitement actionner l'héritier de Secundus (1). — Cette décision se comprend : elle paraît même logique. Est-ce une bonne décision? Il est permis d'en douter. Le légataire se trouve avoir intérêt à ce que l'héritier de Primus lui fournisse l'estimation et non la chose; il est vraiment bien à craindre qu'une collusion n'intervienne entre le légataire et l'héritier de Primus, aux dépens de l'héritier de Secundus.

Qu'arriverait-il si, une *res aliena* ayant été léguée à Titius, cette chose était acquise *ex lucrativâ causâ*, avant l'exécution du legs, par le fils ou par l'esclave soumis à la puissance de Titius? Africain décide que Titius conserve l'action *ex testamento;* il ajoute que cela est surtout vrai lorsque Titius ignore l'acquisition faite par son fils ou par son esclave. Cette décision se rattache à la règle d'après laquelle, quand je suis débiteur d'une personne, en

(1) Inst., même § 6, *in fine*.

principe je ne puis pas m'acquitter entre les mains du fils ou de l'esclave soumis à la puissance de cette personne (1).

Quelqu'un m'a légué un *fundus alienus;* j'ai acheté la nue-propriété du fonds; l'usufruit que s'était réservé mon vendeur étant venu à s'éteindre, à la mort du testateur je me trouve plein propriétaire. Evidemment j'ai quelque chose à demander à l'héritier: car je n'ai pas acquis *ex lucrativâ causâ* l'objet légué. Que puis-je demander, et que devrai-je obtenir? Supposons que je forme une demande ayant pour objet le fonds lui-même : *intendo Numerium Negidium fundum mihi dare oportere,* ou, plus brièvement, *fundum peto.* N'ai-je pas encouru la plus-pétition? On pourrait le croire : car *fundus*, c'est la pleine propriété (2); or, je n'ai droit qu'à la valeur de la nue-propriété, ayant acquis l'usufruit sans rien débourser. Ce n'est pourtant pas à cette idée qu'on s'est arrêté : ma demande est régulièrement formée, *quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet* (3). Je n'encours donc pas la plus-pétition, tout comme je ne l'encours pas quand je revendique un fonds grevé de servitude sans faire mention de la servitude. Maintenant, qu'obtiendrai-je en définitive? La valeur de la nue-propriété, ce qu'il m'en a coûté pour acquérir la nue-propriété : *officio judicis continetur ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari* (4). De cette manière j'aurai le fonds comme le testateur a voulu que je l'eusse, c'est-à-dire sans avoir rien sacrifié pour l'obtenir.

Du cas où le testateur a légué une *res aliena,* les Institutes rapprochent le cas où il a légué une *res creditori obligata*. Comme il importe de distinguer suivant que le testateur a su ou a ignoré que la chose appartenait à autrui, de même il importe de distinguer suivant qu'il a connu ou ignoré l'existence de l'hypothèque. Sans doute, le testateur eût-il ignoré l'existence de l'hypothèque, le legs

(1) L. 108 § 1 *De leg.* 1°.

(2) La preuve en est que, quand un testateur lègue à l'un *fundus*, à l'autre *ususfructus fundi*, les deux légataires se partagent la jouissance. Ci-dessus, p. 517.

(3) Inst., § 9 *De leg.*—Comp. Paul, L. 25 pr., D., *De verb. signif.* Ci-dessus, p. 520 et 521.

(4) Inst., même § 9, *in fine*.

n'en sera pas moins valable ; mais le légataire ne sera pas aussi bien traité. En effet, si le testateur a su que la chose était hypothéquée, l'héritier doit tout d'abord *eam luere*, faire disparaître l'hypothèque en payant le créancier, à moins que le testateur n'ait exprimé une volonté contraire. Que si le testateur n'a pas su que la chose fût hypothéquée, le légataire ne peut réclamer la chose que dans l'état où elle se trouve, grevée d'hypothèque : l'héritier, par conséquent, n'est pas tenu de la dégrever pour la remettre au légataire (1). — Cette distinction peut se justifier. Il est raisonnable de présumer, quand le testateur, connaissant l'existence de l'hypothèque, lègue la chose sans en parler, qu'il a entendu la faire parvenir libre d'hypothèque entre les mains du légataire. Et, à l'inverse, quand le testateur a ignoré l'existence de l'hypothèque, rien ne nous autorise à imposer à l'héritier cette charge de dégrever tout d'abord la chose. — Du reste, il est bien entendu que c'est au légataire à prouver que le testateur a connu l'existence de l'hypothèque, — preuve facile à faire toutes les fois que l'hypothèque aura été consentie par le testateur lui-même.

Lorsque le testateur a ignoré l'existence de l'hypothèque, ou lorsque, la connaissant, il a exprimé que l'héritier n'aurait pas à dégager la chose, le légataire va se trouver soumis à l'action hypothécaire : pour garder la chose, il faudra qu'il paie la dette hypothécaire. Est-ce à dire que le légataire supportera, en définitive, le paiement de cette dette ? Pas le moins du monde. Le légataire est tenu comme détenteur du bien hypothéqué ; mais c'est au débiteur à supporter, en définitive, le paiement. Le légataire qui désintéresse le créancier peut donc exercer un recours contre le véritable débiteur, pour le compte duquel en réalité il a simplement fait une avance. Ce légataire peut même exiger du créancier, en le désintéressant, que le créancier lui cède ses actions, qu'il le subroge dans ses droits (2).

(1) Inst., § 5 *De leg.*

(2) Ulpien, L. 57, D., *De leg.* 1°. — Dans ce texte, Ulpien paraît admettre que, lors même que le testateur aurait ignoré l'existence de l'hypothèque, l'héritier pourrait quelquefois, suivant les circonstances, suivant la qualité du légataire, être tenu de dégager la chose. Comp. la Constitution de l'empereur Alexandre citée ci-dessus, p. 742.

—Lorsque la chose léguée est grevée d'usufruit au profit d'un tiers, il faut également distinguer si le testateur a connu ou s'il a ignoré l'existence de l'usufruit. Dans le premier cas, l'héritier devra s'arranger avec l'usufruitier, obtenir que celui-ci renonce à son droit, afin de fournir au légataire la pleine propriété. Dans le deuxième, il est seulement tenu de fournir la chose telle qu'elle était entre les mains du testateur. — Quand il s'agit d'une autre servitude, on ne fait pas la même distinction : l'héritier n'est jamais dans la nécessité d'obtenir du tiers qu'il renonce à son droit (1).

Nous nous sommes occupés du cas où le legs a pour objet une *res aliena*, du cas où il a pour objet une *res obligata*. Voyons ce qui arriverait si la chose, qui au moment de la confection du testament appartenait au testateur et n'était point hypothéquée, a été ensuite aliénée ou grevée d'hypothèque.

1° Le testateur, après avoir légué une chose qui lui appartient, l'aliène. Dans l'ancien droit, le legs ayant été fait *per vindicationem*, on admettait généralement qu'il ne valait même pas en vertu du Sénatusconsulte Néronien. Effectivement, eût-il été fait *per damnationem*, il aurait bien pu rester valable *ipso jure*, mais, dans l'opinion du plus grand nombre, le légataire, en demandant l'exécution, aurait été repoussé par l'exception de dol, *quasi contrà voluntatem defuncti petat* (2). Dans le droit de Justinien, on consacre une distinction qui, paraît-il, avait déjà été admise autrefois : il faut rechercher en fait quelle a été l'intention du testateur lorsqu'il a fait l'aliénation. *Si rem suam legaverit testator, posteàque eam alienaverit, Celsus existimat, si non adimendi animo vendidit, nihilominùs deberi; idemque divi Severus et Antoninus rescripserunt... Si verò quis partem rei legatæ alienaverit, pars quæ non est alienata omnimodo debetur; pars autem alienata ità debetur si non adimendi animo alienata sit* (3). L'aliénation de la chose léguée ne fait donc plus présumer, comme d'après la doctrine rapportée par Gaius, la volonté du testateur de révoquer le legs : il faut toujours

(1) Papinien, L. 66 § 6, D., *De leg.* 2°.
(2) Gaius, II, § 198.
(3) Inst., § 12 *De leg.*

examiner dans quelles circonstances il a fait l'aliénation. S'il a vendu la chose dans un moment où il avait besoin d'argent, cela n'implique de sa part aucune idée de révocation, le legs subsistera. Mais il en sera tout autrement si c'est une donation qu'il a faite. Comme le dit très-bien Modestin, *rem legatam si testator vivus alii donaverit, omnimodo extinguitur legatum; nec distinguimus utrùm propter necessitatem rei familiaris an merâ voluntate donaverit : ut, si necessitate donaverit, legatum debeatur; si nudâ voluntate, non debeatur. Hæc enim distinctio in donantis munificentiam non cadit, cùm nemo in necessitatibus liberalis existat* (1). Ainsi la donation de la chose léguée fait évanouir le legs, parce qu'elle implique chez le testateur l'intention de le révoquer. C'est uniquement à cette intention qu'il faut s'attacher. D'où la conséquence que le legs s'évanouit lors même qu'il se trouve que la donation est nulle, lors même que la chose, après avoir été donnée entre-vifs par le testateur, est redevenue sa propriété au jour de sa mort (2).

2° Le testateur hypothèque à son créancier la chose léguée. Cela implique-t-il révocation du legs? Evidemment, non : car, si un homme hypothèque son bien, en général c'est qu'il y est forcé. Comme le dit Paul, *rem legatam testator si posteà pignori vel fiduciæ dederit, ex eo voluntatem mutàsse non videtur* (3). En conséquence, tout se passera comme dans le cas où le testateur a légué une chose déjà hypothéquée, sachant qu'elle l'était : le légataire pourra exiger que l'héritier commence par payer la dette hypothécaire (4).

Une obligation peut être l'objet d'un legs, et cela de différentes manières.

D'abord on peut léguer à un débiteur sa libération. *Si quis debitori suo*, dit Justinien, *liberationem legaverit, legatum utile est; et, neque ab ipso debitore, neque ab herede ejus, potest heres petere, nec ab alio qui heredis loco est. Sed et potest a debitore conveniri,*

(1) L. 18, D., *De adim. vel transfer. leg.* (34, 4).
(2) Papinien, L. 24 § 1, et Paul, L. 15, D., *eod. Tit.*
(3) *Sentences*, III, VI, § 16.
(4) Inst., § 12 (2ᵉ phrase) *De leg.*—Nous parlerons plus loin de la révocation des legs, en général, à propos du Titre des Institutes *De adempt. et translat. legat.* (II, 21).

ut liberet eum. Potest autem quis vel ad tempus jubere ne heres petat (1).

Le texte suppose que c'est précisément le créancier qui lègue à son débiteur la libération de la dette. Mais le legs de libération peut émaner même d'un autre que du créancier. Ainsi, aux Institutes, on suppose qu'un legs peut être ainsi conçu : *Damnas esto heres Titium ære alieno liberare* (2). Un testateur condamne son héritier à payer, soit ce que Titius doit à telle personne déterminée, soit d'une manière générale les dettes de Titius.

Le legs de libération est possible, quelle que soit la nature de la dette dont le légataire est tenu. Ainsi, peu importe qu'il s'agisse d'une dette de somme ou d'une dette de corps certain. Même en supposant un homme qui doit un corps certain dont il est propriétaire, on peut lui léguer ce qu'il doit : *omnibus debitoribus*, dit Ulpien, *ea quæ debent, rectè legantur, licet domini eorum sint* (3). Ceci évidemment n'a rien de contraire à la règle qu'on ne peut pas *legare rem legatarii :* il ne s'agit pas du tout, dans le cas qui nous occupe, de faire acquérir au légataire la chose qui lui appartient déjà (4).

Le legs de libération, quand il émane du créancier lui-même, peut produire son effet de deux manières. La dette ne se trouve pas éteinte *ipso jure* en vertu du legs : car le legs n'est pas un des modes d'extinction des obligations reconnus par l'ancien droit civil. L'héritier succède donc à la créance qu'avait le défunt ; mais, si cet héritier veut en poursuivre le paiement, le débiteur le repoussera au moyen d'une exception. Du reste, le débiteur n'est pas obligé d'attendre ainsi la poursuite, de rester sur la défensive. Comme l'indique le texte des Institutes, ce débiteur peut prendre les devants, il peut agir *ex testamento* contre l'héritier, demander que l'héritier le libère, par exemple en lui faisant *acceptilatio*. Ayant ainsi obtenu *acceptilatio*, il aura sécurité complète : il ne sera plus sous le coup d'une poursuite possible de la part de l'hé-

(1) Inst., § 13 *De leg.*
(2) § 21 *in fine De leg.*
(3) L. 1 pr., D., *De liberat. leg.* (34, 3).
(4) Comp., ci-dessus, p. 742.

ritier. — Lorsque le legs n'émane pas du créancier, il est clair que le débiteur n'a aucune exception à opposer au créancier qui lui demande son paiement : car ce créancier n'est pas lié par le testament. Ici le débiteur peut seulement agir *ex testamento* contre l'héritier, exiger de celui-ci qu'il le libère, par exemple en payant le créancier.

En supposant que le legs ait été fait par le créancier lui-même, il est possible que le légataire n'ait pas le droit de demander que l'héritier éteigne la dette au moyen d'une *acceptilatio*. Primus et Secundus étaient débiteurs solidaires du défunt, mais sans qu'il y eût société entre eux ; le défunt a légué à Primus sa libération : Primus ne pourra pas demander à l'héritier de lui faire *acceptilatio*. En effet, l'*acceptilatio* faite à Primus ne libérerait pas que lui, elle libérerait aussi son co-débiteur Secundus : *agendo consequetur Primus, non ut accepto liberetur, ne etiam conreus liberetur contrà testatoris voluntatem, sed pacto liberabitur* (1). Ainsi, tout ce que le légataire pourra exiger de l'héritier, c'est que celui-ci lui consente un *pactum de non petendo*. Le légataire, gardant par-devers lui la preuve de ce pacte, sera par là-même en mesure de repousser toute poursuite que l'héritier s'aviserait de diriger contre lui. — De même, lorsque le créancier a fait le legs de libération au profit d'un simple fidéjusseur, le principe est que l'héritier est seulement tenu de consentir un pacte *de non petendo* (2).

Le testateur, sans léguer à son débiteur sa libération complète, a pu ordonner à l'héritier de ne le poursuivre qu'au bout d'un certain temps. Le cas est prévu à la fin de notre texte. Le débiteur acquiert ainsi ce qu'on appelle une *exceptio temporalis* (3).

— Supposons maintenant, à l'inverse, que le débiteur lègue à son créancier ce qu'il lui doit. Un pareil legs est-il valable ? Oui, s'il peut être de quelque utilité pour le créancier à qui il s'adresse. *Inutile est legatum, si nihil plus est in legato quàm in debito, quia nihil amplius habet per legatum* (4). Du moment que le légataire a

(1) Ulpien, L. 3 § 3, D., *De liberat. leg.*
(2) Ulpien, L. 5 § 1 *eod. Tit.*
(3) Inst., § 10 *De exception.* (IV, 13).
(4) Inst., § 14 *De leg.*

intérêt à se prévaloir du legs, il peut s'en prévaloir. Cette règle est appliquée d'abord au cas où il se trouve que le testateur ne devait rien. Le testateur écrit dans son testament : « Je lègue à Titius les 100 sous d'or que je lui dois, » et il se trouve qu'il ne devait rien : Titius pourra demander 100 sous d'or à l'héritier, par application de la règle que la *falsa demonstratio* ne vicie pas le legs (1). — Lors même que le légataire était réellement créancier du testateur, il peut encore avoir intérêt à se prévaloir du legs, si, la dette du testateur étant conditionnelle ou à terme, le legs au contraire est pur et simple : il y a intérêt *propter repræsentationem*, parce qu'il peut agir immédiatement au lieu d'attendre l'échéance du terme ou l'arrivée de la condition. Ce cas de dette conditionnelle ou à terme est indiqué aux Institutes. On peut y joindre le cas où l'action du créancier était susceptible d'être paralysée par une exception, et le cas où l'action du créancier était purement prétorienne (2).

Un débiteur a légué purement et simplement à son créancier ce qu'il lui devait à terme ou sous condition : le legs est valable. Mais reste-t-il valable si, du vivant du testateur, l'échéance arrive, la condition se réalise ? La question était discutée entre les jurisconsultes romains, ainsi que l'indique le texte même des Institutes. Papinien était d'avis que le legs reste valable, *quia semel constitit ;* Paul soutenait au contraire que le legs doit s'évanouir, *quia in eam causam pervenit a quâ incipere non potest* (3). C'est la doctrine de Papinien qui est consacrée dans le texte des Institutes. — Mais quel avantage y a-t-il réellement pour le créancier, le terme étant échu, la condition étant accomplie, à pouvoir, conformément à la doctrine de Papinien, se présenter comme légataire ? Du temps de Papinien, le legs étant *per damnationem,* le créancier qui agit *ex testamento* a la chance d'obtenir une condamnation au double *adversùs inficiantem* (4). Le legs étant fait *per vindicationem* et pouvant valoir comme tel, le créancier a cet avantage qu'il peut procéder comme propriétaire, par voie d'action réelle, et non par voie de

(1) Paul, L. 25 *in fine,* D., *De liber. leg.;* Inst., § 30 *De leg.*
(2) Ulpien, L. 28 pr. *De leg.* 1o.
(3) L. 82 pr. *De leg.* 2°.
(4) Voy. notamment Gaius, IV, § 171.

simple action personnelle. Du reste, lors même que la dette primitive aurait été pure et simple, le débiteur léguant *per vindicationem* ce qu'il doit, le legs est certainement valable (1).

Les principes posés relativement au legs que le débiteur fait à son créancier reçoivent une application particulière lorsque le mari lègue à sa femme la dot de celle-ci : *valet legatum, quia plenius est legatum quàm de dote actio* (2). En quoi donc la femme, qui pourrait après la mort du mari poursuivre la restitution de sa dot par l'action *de dote* ou *rei uxoriæ*, a-t-elle intérêt à se présenter plutôt comme légataire? L'intérêt existe certainement sous le rapport que voici. Dans l'ancien droit, toutes les fois que la dot consistait en quantités et non en corps certains, la restitution poursuivie par l'action *rei uxoriæ* se faisait par tiers, d'année en année, *annuâ, bimâ, trimâ die ;* dans le droit de Justinien, toutes les fois que la dot consiste en objets mobiliers, l'héritier du mari a un délai d'un an pour opérer la restitution. La femme qui se présente comme légataire n'a point à subir ces délais : dès que l'héritier aura fait adition, elle pourra exiger la restitution complète de sa dot. — Ne dites pas d'une manière absolue que la femme, venant comme légataire, n'a point à subir les rétentions ou déductions auxquelles elle est exposée quand elle emploie l'action *rei uxoriæ,* par exemple les *deductiones impensarum*. Lors même qu'elle vient comme légataire, elle doit tenir compte des impenses que le mari a faites sur les biens dotaux : *Ubi vir uxori relegat*, dit Javolenus, *id videtur legare quod in judicio dotis consecutura fuerit* (3).

Ici encore nous trouvons une application des principes sur la *falsa demonstratio*. Sans doute, lorsque le mari a dit : « Je lègue à ma femme la dot que j'ai reçue, » le legs est nul s'il n'y a eu aucune dot. Mais lorsqu'il a dit : « Je lègue les 100 sous d'or, ou le fonds Cornélien, que j'ai reçus en dot, » la femme pourra réclamer l'objet du legs, quoiqu'il n'ait point été apporté en dot au mari (4).

Le legs qui a pour objet un corps certain est sujet à une cause

(1) Ulpien, L. 28 § 1 *De leg.* 1°.
(2) Inst. § 15 *De leg.*
(3) L. 41 § 1, D., *De leg.* 2°.
(4) Inst., § 15 *in fine De leg.*

d'extinction inapplicable aux autres legs : il peut s'éteindre par la perte du corps certain. Du reste, pour que le legs se trouve ainsi éteint, il faut que la chose ait péri *sine facto heredis*. Au cas de perte de la chose, joignez le cas où la chose a été mise hors du commerce : si, par exemple, le testateur a légué un *servus alienus*, que celui-ci soit affranchi par son maître *sine facto heredis*, *non tenetur heres* (1).

Comme conséquence de la règle qui vient d'être posée, il peut arriver que l'héritier profite de la perte de la chose léguée. Il en profite évidemment quand le testateur avait légué une *res aliena* : l'héritier se trouve dispensé de l'acheter : il y gagne donc la valeur même de la chose léguée. Même en supposant que le testateur avait légué sa propre chose, s'il l'avait léguée à plusieurs *per damnationem* et *disjunctim*, il est évident que, dans l'ancien droit, la perte de cette chose est une bonne fortune pour l'héritier (2).

Pour que le legs soit ainsi éteint par la perte de la chose, il faut que la chose ait péri sans le fait de l'héritier. N'y eût-il aucune faute imputable à l'héritier, du moment que c'est son fait qui a occasionné la perte, l'héritier reste tenu. Les Institutes citent comme exemple le cas où, le propre esclave de l'héritier étant l'objet du legs, l'héritier, qui ne le sait pas, affranchit l'esclave ou le donne à un ami qui l'affranchit : l'héritier reste tenu envers le légataire (3). C'est, du reste, une règle générale en matière d'obligations que le débiteur ne peut pas se trouver libéré par son propre fait, même exempt de faute.

Il importe beaucoup de ne pas confondre le cas où un legs a pour objet une chose et ses accessoires, et le cas où un legs a pour objet plusieurs choses distinctes. *Quæ accessionum locum obtinent*, dit Gaius, *extinguuntur cùm principales res peremptæ fuerint*. Au contraire, comme le dit Paul, *si ancilla cum suis natis legata sit, etiam mortuâ eâ vel alienatâ vel manumissâ, nati ad legatarium pertinebunt, quia duo legata sunt separata*, de même dans l'exemple

(1) Inst., § 16 (au commencement) *De leg.*
(2) Marcien, L. 114 § 19, D., *De leg.* 1°.
(3) Inst., § 16 *in fine De leg.*

que donne Gaius : *si cum vicariis suis legatus sit servus, durat vicariorum legatum et mortuo eo aut alienato aut manumisso* (1). Ces deux dernières décisions, relatives au cas où le legs comprend plusieurs objets distincts, se retrouvent dans les Institutes (2). Nous nous bornerons à remarquer qu'il n'y a pas à distinguer suivant l'époque où a péri l'une des choses léguées (l'*ancilla* ou l'*ordinarius*) : la décision est toujours la même, soit qu'elle ait péri du vivant du testateur, soit qu'elle ait péri après sa mort.

Revenons maintenant au legs qui a pour objet une chose et ses accessoires. Les Institutes en donnent d'abord pour exemple le cas où un esclave a été légué avec son pécule ; et les Institutes décident, conformément au principe posé par Gaius, que, l'esclave étant mort, affranchi ou aliéné, *et peculii legatum extinguitur*. Ceci est-il vrai d'une manière absolue ? Non. Il importe ici de distinguer suivant que l'esclave a péri du vivant du testateur ou seulement après sa mort. *Tunc inutile legatum peculii fit,* dit Julien, *cùm servus vivo testatore decedit ; cæterùm, si mortis tempore servus vixerit, peculium legato cedet* (3). Ainsi, du moment que l'esclave a survécu au testateur, le légataire a droit au pécule. C'est là une application d'une théorie générale, de la théorie du *dies cedens*. Une fois que *dies legati cessit*, deux effets principaux se trouvent produits : 1° nous sommes fixés sur la consistance du legs ; 2° nous sommes fixés sur la personne qui a droit au legs. *Sur la consistance du legs :* toute chose comprise dans le legs *cùm dies cedit* est due au légataire quoi qu'il arrive ensuite, à moins, bien entendu, que cette chose même ne vienne à périr par cas fortuit. *Sur la personne qui a droit au legs :* si le légataire meurt *post diem legati cedentem*, le droit au legs compte dans ses biens, il est transmissible à ses héritiers ; si le légataire était *alieni juris cùm dies cessit*, fût-il devenu *sui juris* une heure après, ce n'est pas lui qui profitera du legs, c'est celui sous la puissance de qui il se trouvait lors du *dies cedens* (4).

(1) LL. 2, 3 et 4, D., *De peculio leg.* (33, 8). — Les *vicarii* sont les esclaves compris dans le pécule d'un autre esclave qu'on appelle *ordinarius*.

(2) § 17 (au commencement) *De leg.*

(3) L. 12, D., *De peculio leg.*

(4) Ulpien, L. 5 pr. et § 7 *Quandò dies legat.* (36, 2).

Quel est donc précisément ce moment où l'on peut dire *Dies legati cedit?* En principe, c'est la mort du testateur, ou, d'après la loi Papia Poppæa, l'ouverture des tablettes du testament. Lorsqu'une condition expresse est apposée au legs, *dies cedit eveniente conditione* (1). Lorsqu'il s'agit d'un legs que le testateur a fait à son propre esclave, soit en l'affranchissant, soit en le léguant à un tiers, *dies cedit ab aditâ hereditate :* si on ne l'eût pas décidé ainsi, le droit au legs aurait été acquis à l'hérédité, c'est-à-dire que le legs se serait trouvé nul (2). De même, quand c'est une servitude personnelle qui est léguée, *dies legati cedit ab aditâ hereditate :* le droit du légataire ici n'étant point transmissible à ses héritiers, il n'y avait pas intérêt à distinguer le *dies cedens* et l'instant où s'opère réellement l'acquisition du droit. Cette décision particulière est même favorable au légataire : car, s'il venait à subir une *capitis deminutio* dans l'intervalle entre la mort du testateur et l'adition d'hérédité, son droit n'en subsisterait pas moins (3). Enfin, lorsque le testateur, faisant une substitution pupillaire, a mis un legs à la charge du substitué, c'est à la mort de ce testateur, et non à la mort de l'impubère, que *dies legati cedit* (4).

Nous avons vu dans les Institutes un premier exemple de legs comprenant une chose principale et un accessoire de cette chose. Les Institutes citent encore le cas où on a légué un *fundus instructus* ou un *fundus cum instrumento* (5). Suivant Labéon, peu importe que le testateur ait dit *fundum cum instrumento*, ou *fundum et instrumentum*, ou *fundum instructum :* il n'y a pas à distinguer entre ces trois sortes de legs. Mais tel n'est pas l'avis de Paul. D'après Paul, quand le testateur a dit *Fundum cum instrumento*, il a légué une chose principale avec ses accessoires; au contraire, quand il a employé l'une des autres formes, il a légué plusieurs choses distinctes (6).

(1) *Fragm. d'Ulpien*, XXIV, § 31.
(2) Julien, L. 17, D., *Quandò dies legat.* Voy. aussi § 20, Inst., *De leg.*
(3) Ulpien, *Fragm. du Vatican*, § 60; LL. 2 et 3, D., *Quandò dies leg.* Voy. aussi L. un. § 6, C., *De caduc. toll.* (6, 51).
(4) Paul, L. 1, D., *Quandò dies leg.*
(5) § 17 *in fine De leg.*
(6) L. 5, D., *De instructo vel instrum. leg.* (33, 7). Voy. aussi Ulpien, L. 12 § 27 *eod. Tit.*

La chose léguée doit passer au légataire dans l'état où elle était *apud testatorem :* par exemple, *fundus legatus talis dari debet qualis relictus est.* Si donc une servitude existe en faveur du fonds ou à la charge du fonds, le légataire aura le fonds avec cette qualité bonne ou mauvaise. Il se pourrait que la servitude existât entre le fonds légué et un fonds qui appartient en propre à l'héritier. Alors, pas de difficulté si le legs a été fait *per vindicationem :* la propriété a passé directement du testateur au légataire : aucune extinction par confusion n'a pu se produire. Mais comment les choses se passeront-elles si le legs a été fait *per damnationem? Licet confusione dominii*, dit Florentinus, *servitus extincta sit, pristinum jus restituendum est : et, nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur ; si verò fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest* (1).

— Lorsqu'on a légué un troupeau, chaque tête qui périt périt pour le légataire : la valeur du legs est diminuée d'autant. Du reste, le troupeau fût-il réduit *ad unam ovem*, le légataire a toujours droit à ce qui reste. — Réciproquement, *etiam eas oves quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere Julianus ait* (2). Mais il faut bien remarquer que le légataire ne profite ainsi des adjonctions faites *extrinsecùs* au troupeau qu'autant qu'elles sont faites *antè diem cedentem*.

De même, lorsqu'une maison a été léguée, le légataire profitera des embellissements qu'elle a pu recevoir, des colonnes et des marbres qui ont pu y être ajoutés *post testamentum factum* (3). — A l'inverse, si la maison périt en partie, le légataire a droit à ce qui reste; et, ne restât-il que le sol, le légataire y a toujours droit, attendu que la construction est considérée chez les Romains comme n'étant qu'un accessoire du sol (4).

— Il y a un certain legs qui mérite une attention particulière : c'est le legs d'un pécule.

D'abord, quand peut-on dire que le pécule est légué ? Les Romains distinguaient entre le cas où l'esclave à qui appartient le pécule est

(1) L. 116 § 4 *De leg.* 1°.
(2) Inst., § 18 *De leg.*
(3) Inst., § 19 *De leg.*
(4) Pomponius, L. 22 *De leg.* 2°.

affranchi entre-vifs et le cas où il est affranchi par testament. Quand il est affranchi entre-vifs, son maître est considéré comme lui donnant son pécule par cela seul qu'il ne le lui retire pas expressément. Au contraire, quand l'esclave est affranchi par testament, cet affranchissement n'implique point de la part du maître abandon du pécule : le pécule doit être légué expressément, sans quoi il reste dans l'hérédité (1). — Lors même que le pécule a été légué expressément à l'esclave affranchi, on n'interprète pas le legs en ce sens que le légataire pourrait exiger de l'héritier le remboursement des valeurs prises autrefois dans le pécule et dépensées *in rationes dominicas,* dans l'intérêt du maître : il y aurait là tout au plus une obligation naturelle à la charge de l'héritier (2).— Le legs du pécule doit être exprès ; cette condition existe véritablement lorsque le testateur a dit : « Que Stichus soit libre *rationibus redditis et ex peculio reliquum inferat* » (3).

Nous avons supposé que l'esclave Stichus est affranchi par testament et que son pécule lui est légué. On peut encore supposer que le pécule est bien légué à Stichus, mais que Stichus lui-même est légué à un tiers ; ou enfin que le pécule est légué *extraneæ personæ.* Dans ces différentes hypothèses, que décider en ce qui concerne les augmentations ou les diminutions qui peuvent survenir au pécule ? Quant aux augmentations ou diminutions survenues du vivant du testateur, la règle est bien simple : *Sine dubio quidquid peculio accedit vel decedit, vivo testatore, legatarii lucro vel damno est* (4). Mais quant aux augmentations ou diminutions survenues dans l'intervalle compris entre la mort du testateur et l'adition d'hérédité, plusieurs distinctions doivent être faites :

Pour ce qui est des diminutions, rien ici de particulier : toute chose, comprise dans le pécule, qui vient à périr sans le fait de l'héritier périt pour le légataire.

Pour ce qui est des augmentations, il faut distinguer celles qui proviennent *ex ipsis rebus peculiaribus* et celles qui proviennent

(1) Inst., § 20 (3e phrase) *De leg.*

(2) Inst., § 20 (4e phrase) *De leg.* Voy. aussi Ulpien, L. 6 § 4, D., *De pecul. leg.* (33, 8).

(3) Inst., § 20 *in fine De leg.*

(4) Inst., § 20 (1re phrase) *De leg.*

aliundè. Les premières, par exemple les petits que met au monde un animal compris dans le pécule, profitent toujours au légataire. Les autres lui profitent, lorsque le pécule a été légué à Stichus lui-même, parce qu'alors *dies cedit ab aditâ hereditate;* elles ne lui profitent pas lorsque le pécule a été légué *personæ extraneæ*, parce qu'alors *dies cedit a morte testatoris* (1).

Lorsque le pécule était débiteur envers des tiers, ceux-ci ne pourront pas s'attaquer au légataire: le légataire, en général, ne succède pas aux actions dont était tenu le défunt. Mais c'est le légataire du pécule qui devra supporter en définitive les dettes dont il s'agit. *Si servo manumisso*, dit Marcien, *peculium legatum fuerit, in eum sine dubio creditoribus peculiariis actiones non competunt; sed non aliàs heres peculium præstare debet, nisi ei caveatur defensu iri adversùs creditores peculiarios* (2).

Nous savons déjà que l'objet du legs n'est pas nécessairement la dation d'une chose corporelle. Le testateur qui a un droit de créance sur Titius peut léguer ce droit à un tiers. L'héritier alors est tenu de céder au légataire les actions qui tendent au recouvrement de cette créance. Il va de soi que, si le testateur de son vivant touchait le montant de la créance léguée, le legs s'évanouirait à l'instant même, faute d'objet. — Le legs peut également avoir pour objet un fait quelconque à exécuter par l'héritier au profit du légataire. Ainsi l'héritier peut être condamné à réparer la maison de Titius, à payer les dettes de Titius, etc. (3).

Il nous reste à parler du legs de genre et du legs d'option.

On peut léguer une chose qu'on désigne seulement *in genere*, par le genre auquel elle appartient, et non pas *in specie*. Mais pour la validité d'un pareil legs il faut que le genre soit suffisamment déterminé. Ainsi le testateur qui dirait « Je lègue à Titius un animal » ferait un legs absolument nul. De même pour le testateur qui aurait dit « Je lègue à Titius une maison, » à moins qu'il ne laissât dans sa succession une ou plusieurs maisons.

(1) Inst., § 20 (2e phrase) *De leg.*
(2) L. 18, D., *De pecul. leg.* (33, 8).
(3) Inst., § 21 *De leg.*

Le legs étant valable, est-ce au légataire ou bien est-ce à l'héritier qu'il appartient de choisir un objet parmi ceux du genre indiqué? Dans l'ancien droit, le choix appartenait au légataire quand le legs était fait *per vindicationem*, à l'héritier quand il était fait *per damnationem*. Dans le droit de Justinien, nous voyons, aux Institutes, que le choix appartient toujours au légataire, à moins que le testateur ne l'ait réservé à l'héritier (1). Cependant il faudrait décider logiquement que, si dans la succession il ne se trouve aucun objet du genre indiqué, le choix appartient à l'héritier.—Quand on dit que le choix appartient au légataire ou à l'héritier, c'est toujours avec une certaine restriction : le légataire ne pourrait pas choisir le meilleur des différents objets compris dans le genre, l'héritier ne pourrait pas choisir le plus mauvais (2).

Le testateur peut léguer à une personne le droit de choisir, par exemple, un de ses esclaves : c'est ce qu'on appelle le *legatum optionis* (3). Habituellement l'option est laissée au légataire lui-même ; elle pourrait cependant être laissée à une tierce personne. Ici, à la différence de ce que nous avons vu relativement au legs de genre, le légataire peut choisir même l'objet le plus précieux parmi ceux entre lesquels le testateur lui a permis d'opter. — Anciennement le legs d'option était considéré comme étant conditionnel : si le légataire mourait avant d'avoir opté, il ne transmettait rien à ses héritiers (4). Du reste, même avant d'avoir exercé son option, le légataire pouvait, au moyen de l'action *ad exhibendum*, exiger que l'héritier lui représentât les objets sur lesquels il avait droit de faire porter son option.

Justinien, par une Constitution à laquelle renvoie le texte des Institutes (5), a modifié sur deux points les règles de l'ancien droit :

1° Le legs d'option n'est plus considéré comme étant un legs conditionnel *cujus dies cedit optione tantùm*. En conséquence, le légataire qui, ayant survécu au testateur, meurt avant d'avoir opté, transmet son droit à son héritier.

(1) Inst., § 22 *De leg.*
(2) Ulpien, L. 37 pr. *De leg.* 1°. Voy. aussi Africain, L. 110 *ibid.*
(3) Voy., au Digeste, le Titre *De optione vel electione legatâ* (33, 5).
(4) Inst., § 23 (1er alinéa) *De leg.*
(5) L. 3, C., *Communia de leg.* (6, 43).

2° Lorsque le legs d'option a été fait à plusieurs, ou (dans le droit de Justinien) lorsqu'il a été fait à un seul, qui meurt avant d'avoir opté et qui laisse plusieurs héritiers, qu'arrivera-t-il si les différents ayant-droit ne peuvent pas se mettre d'accord sur la chose à choisir? Il parait qu'anciennement la plupart des jurisconsultes pensaient que le legs s'évanouissait, la condition ne pouvant pas être remplie. Justinien décide que l'on tirera au sort: *sorte hoc esse dirimendum, ut ad quem sors veniat, illius sententia in optione præcellat* (1).

II. De ceux a qui on peut léguer.

Le principe est qu'on peut léguer seulement à ceux avec qui on a *factio testamenti* (2), à ceux qu'on pourrait instituer héritiers. Cependant, déjà du temps d'Ulpien, une cité pouvait recevoir un legs, bien qu'en principe elle ne pût pas être instituée (3). De même, Paul nous apprend que, sous le règne de Marc-Aurèle, un Sénatusconsulte permit de faire des legs aux colléges autorisés (4); et pourtant, en 260, les empereurs Dioclétien et Maximien disent encore : *Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non est* (5).

Il est bien entendu qu'en matière de legs comme en matière d'hérédité il faut soigneusement distinguer la *factio testamenti* et le *jus capiendi*.

Les rédacteurs des Institutes s'occupent spécialement ici de deux classes de personnes qui anciennement n'avaient pas la *factio testamenti :* je veux parler des personnes incertaines et des posthumes.

Nous savons déjà ce qu'on entendait par *une personne incertaine. Incerta videtur persona,* dit Gaius, *quam per incertam opinionem animo suo testator subjicit.* Il cite comme exemples de personnes incertaines : *qui primus ad funus meum venerit*, ou *quicumque ad funus meum venerit*. — *quicumque filio meo in matrimonium filiam*

(1) Inst., § 23 *in fine De leg.*
(2) Inst., § 24 *De leg.*
(3) Comp. *Fragm. d'Ulpien*, XXII, § 5, et XXIV, § 28.
(4) L. 20, D., *De reb. dub.* (34, 5).
(5) L. 8, C., *De hered. instit.* (6, 24).

suum collocaverit. — *qui post testamentum consules designati erunt*. Avant Justinien, le legs fait à une personne incertaine était nul, le legs eût-il été fait par un militaire. Il paraît, du reste, qu'en vertu de Constitutions impériales, si un legs de cette espèce avait été payé même par erreur, il n'y aurait pas eu lieu à répétition. — Déjà, du temps de Gaius, on considérait comme parfaitement valable le legs fait à une personne incertaine *sub certâ demonstratione*, par exemple le legs ainsi conçu : « Je lègue 100 pièces d'or à celui de mes parents actuellement vivants qui se présentera le premier à mes funérailles » (1).

Dans le droit de Justinien, il est permis de léguer à une personne incertaine. Justinien avait fait sur ce point une Constitution qui ne nous est point parvenue ; nous n'en avons qu'une analyse (2). — Même dans le droit de Justinien, il n'est point dérogé à l'ancienne règle *Tutor certus dari debet* (3).

Le posthume, l'individu qui n'est pas encore né lors de la confection du testament, est une personne incertaine (4). Cependant, déjà dans l'ancien droit, comme nous le savons, le *postumus suus* pouvait être institué héritier; le testateur qui pouvait l'instituer pouvait aussi lui faire un legs. Nous avons seulement à nous occuper ici du *postumus alienus*. On appelle ainsi l'enfant qui, *natus, inter suos heredes testatori futurus non est* : *ideòque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus est postumus avo* (5). D'après Gaius, ce *postumus alienus* ne peut pas être institué, et le legs qui lui serait fait serait inutile. Aux Institutes, on dit bien : *Postumo alieno inutiliter legabatur* (6) ; mais on dit un peu plus loin : *Postumus alienus heres institui anteà poterat* (7). Nonobstant ce texte, il est parfaitement certain que, d'après l'ancien droit civil, le *postumus alienus* ne pouvait pas être institué héritier. Cela ne ressort pas seulement du témoignage de Gaius ; cela ressort des Institutes elles-mêmes,

(1) Gaius, II, § 238 ; Inst., § 25 *De leg.*
(2) L. un., C., *De incert. pers.* (6, 48).
(3) Inst., § 27 *De leg.*
(4) Gaius, II, § 242.
(5) Gaius, II, § 241 ; Inst., § 26 *De leg.*
(6) § 26 *De leg.*
(7) § 28 *eod. Tit.*

où nous trouvons cette phrase : *Si alienus postumus heres fuerit institutus, hereditatem jure civili adire non poterat, cùm institutio non valebat* (1). Mais alors que peut donc signifier le § 28 *De legatis ?* Il se réfère uniquement à ce qui avait lieu *jure prætorio.* En effet, si l'institution du *postumus alienus* était nulle en droit civil, elle était au contraire admise en droit prétorien. Les Institutes elles-mêmes le disent dans la suite du texte qui vient d'être cité : un *postumus alienus*, institué héritier, si en droit civil il ne pouvait pas faire adition, *honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cùm a Prætore adjuvabatur* (2). Le jurisconsulte Paul le dit également, dans les termes les plus formels : *Verum est omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse* (3).

Malgré ces témoignages positifs, j'ai souvent entendu dire qu'il n'est pas possible que le Préteur accordât effectivement la *bonorum possessio secundùm tabulas* au *postumus alienus.* Pourquoi donc ? A cause d'un texte d'Ulpien, ainsi conçu : *Ubicumque Lex vel Senatus vel Constitutio capere hereditatem prohibet, et bonorum possessio cessat* (4). Je n'hésite pas à le dire, on abuse singulièrement de ce texte lorsqu'on en conclut que le *postumus alienus* ne pouvait pas obtenir la *bonorum possessio secundùm tabulas.* Sans doute le droit civil tient pour nulle l'institution d'un *postumus alienus.* Mais il tient également pour nulle l'institution faite par une femme en tutelle qui teste sans l'autorisation de son tuteur, et cela n'empêche pas le Préteur de donner à l'institué la *bonorum possessio secundùm tabulas.* Que veut donc dire le texte d'Ulpien ? Encore une fois, il ne veut pas dire que la *bonorum possessio secundùm tabulas* n'est jamais donnée que là où il y a une institution valable en droit civil : ceci, à mon sens, est incontestable (5). Il signifie sans doute que, par cela seul qu'une loi ou un Sénatusconsulte ou une Constitution impériale vient dire que dans telle circonstance l'hérédité ne sera pas déférée, le Préteur est averti que dans la cir-

(1) Pr. *De bon. poss.* (III, 9).
(2) Même pr. *De bon. poss.*
(3) L. 3, D., *De bon. poss. sec. tab.* (37, 11).
(4) L. 12 § 1, D., *De bon. poss.* (37, 1).
(5) Voy., ci-dessus, p. 687.

constance en question il n'y a pas lieu de donner la *bonorum possessio* comme moyen d'exécution du droit civil. Peut-être aussi le texte d'Ulpien se réfère-t-il aux lois caducaires et veut-il dire que l'homme qui, d'après ces lois, d'après les Sénatusconsultes et les Constitutions impériales qui les ont complétées, n'a pas le *jus capiendi ex testamento*, n'exercera pas plus ce *jus capiendi* en qualité de *bonorum possessor* qu'il ne peut l'exercer en qualité d'héritier.

Au surplus, je reconnais que la *bonorum possessio secundùm tabulas* donnée au *postumus alienus* devait lui être donnée *sine re*. On peut invoquer en ce sens un texte de Gaius, qui a été quelquefois allégué, à tort suivant moi, comme prouvant même que ce *postumus* n'a droit à aucune espèce de *bonorum possessio*. Gaius dit qu'autrefois il était permis de disposer par fidéicommis en faveur du *postumus alienus*, *quamvis neque heres institui neque legari ei possit;* mais, ajoute Gaius, *Senatusconsulto quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis quod in legatis hereditatibusque constitutum est* (1). Ce n'eût guère été la peine de promulguer ce Sénatusconsulte s'il avait été permis, en instituant un *postumus alienus,* de lui faire réellement parvenir les biens à titre de *bonorum possessio.*

Dans le droit de Justinien, la règle est qu'on peut instituer le *postumus alienus*, et qu'on peut lui faire un legs (2). — Mais, après avoir posé en principe que nous pouvons instituer le *postumus alienus,* on ajoute immédiatement cette restriction : *nisi in utero ejus sit quæ jure nostro uxor esse non potest.* Veut-on dire que je ne puis jamais instituer l'enfant dont ma mère ou dont ma sœur est enceinte? Cela ne se comprendrait pas : s'il m'est permis d'instituer un posthume qui m'est absolument étranger, à plus forte raison puis-je instituer celui qui doit être mon frère ou mon neveu. Ce que Justinien a voulu défendre, c'est l'institution d'un posthume, enfant adultérin ou incestueux du testateur. Cela était déjà défendu dans l'ancien droit (3).

(1) Comment. II, § 287.
(2) Inst., §§ 27 et 28 *De leg.*; pr. *in fine De bon. poss.*
(3) Paul, L. 9 §§ 1 et 3, D., *De liber. et post.* (28, 2). — Gaius, au § 241 *in fine* de son Comment. II, paraît avoir voulu exprimer une tout autre idée.

Nous savons déjà qu'on peut instituer l'esclave d'une hérédité jacente, le *servus hereditarius*, pourvu qu'on eût *factio testamenti* avec son maître (1). On peut également faire un legs à cet esclave (2). Et nous devons ici nous arrêter un instant sur le cas où on lui aurait fait un legs d'usufruit. Titius étant mort, son hérédité encore jacente, je lègue l'usufruit du fonds Cornélien à l'esclave Stichus qui fait partie de cette hérédité. D'après un principe que nous connaissons, *dies hujus legati cedet ab aditâ meâ hereditate* (3). Il n'y aura donc aucune difficulté si à ce moment, où mon héritier fait adition, l'hérédité de Titius a déjà été acceptée : l'héritier de Titius, devenu la maître de l'esclave Stichus, acquerra par lui l'usufruit du fonds Cornélien. Mais que va-t-il arriver si, au moment où mon hérédité est *adita*, celle de Titius est encore jacente? Comme il ne se trouve encore personne qui soit capable d'acquérir l'usufruit légué à Stichus, on pourrait croire que le legs s'évanouit. Cependant cette doctrine rigoureuse n'avait point été admise : les jurisconsultes romains, en cas pareil, maintiennent le legs d'usufruit en reculant le *dies cedens* jusqu'au moment où, l'hérédité de Titius étant *adita*, l'esclave Stichus se trouve avoir un maître sur la tête duquel puisse se fixer le droit d'usufruit (4).

Du moment qu'il est certain que le testateur a voulu faire un legs à telle personne, pourvu que la personne ait la *factio testamenti*, le legs vaudra quand bien même le testateur se serait trompé sur le nom, le surnom ou le prénom du légataire : *nomina enim significandorum hominum gratiâ reperta sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest* (5).

Il en est de même en ce qui concerne l'objet légué. Quand il est parfaitement certain que le testateur a voulu léguer tel objet, la fausse indication qu'il aurait donnée relativement à cet objet, l'erreur qu'il aurait commise relativement à une qualité de cet objet,

(1) Inst., § 2 *De hered. instit.* Ci-dessus, p. 648.
(2) Florentinus, L. 116 § 3 *De leg.* 1°.
(3) Voy., ci-dessus, p. 756.
(4) Ulpien, L. un. § 2 *Quandò dies usûsfr. leg.* (7, 3); Pomponius, L. 18 *Quib. mod. ususfr. amitt.* (7, 4); Julien, L. 16 § 2 *Quandò dies legat.* (36, 2).
(5) Inst., § 29 *De leg.*

ne vicie point le legs. Ainsi, en léguant l'esclave Stichus, il le qualifie de *verno*, et il se trouve qu'il l'avait acheté ; ou bien il dit l'avoir acheté de Seius et réellement il l'avait acheté de Titius: *falsâ demonstratione legatum non perimitur* (1).

A plus forte raison, disent les Institutes, *falsa causa non nocet.* Ainsi, en faisant un legs à Titius, je déclare que c'est parce qu'il a géré mes affaires en mon absence, parce que grâce à lui j'ai été renvoyé d'une accusation capitale, etc.: n'eût-il pas géré mes affaires, n'eût-il pas plaidé pour moi en matière criminelle, il n'en a pas moins droit au legs (2). — C'est là cependant une règle à laquelle on ne se conformait pas rigoureusement dans la pratique: *Falsam causam legato non obesse verius est*, dit Papinien, *quia ratio legandi legato non cohæret; sed plerumque doli exceptio locum habebit si probetur aliàs legaturus non fuisse* (3). En somme, au moyen de l'exception de dol, le juge avait un pouvoir discrétionnaire pour appliquer la règle ou pour la mettre de côté.

Même dans la rigueur des principes, si la cause était énoncée sous forme de condition, la fausseté ou l'inexistence de cette cause empêcherait le legs de valoir. Ainsi le testateur a dit : *Titio, si negotia mea curavit, fundum do lego.* Titius n'ayant jamais pris soin des affaires du testateur, il est évident qu'il n'y a point de legs (4). — Au surplus, ce n'est pas là une véritable condition : car la condition, nous l'avons dit, est un événement futur et incertain. La conséquence en est que pour un legs ainsi fait *dies cedit morte testatoris*. Dites-en autant du cas où le legs est fait *sub modo,* c'est-à-dire à charge par le légataire de faire ou de donner quelque chose.

Un homme qui institue pour héritier un citoyen *sui juris* peut-il faire un legs au fils ou à l'esclave soumis à la puissance de cet institué? Gaius examine la question et nous apprend qu'elle avait été résolue de trois manières différentes (5) : Suivant Servius, le

(1) Inst., § 30 *De leg.*
(2) Inst., § 31 (1re phrase) *De leg.*
(3) L. 72 § 6, D., *De condit. et demonstr.* (35, 1).
(4) Inst., § 31 *in fine De leg.*
(5) Comment. II, § 244.

legs est fait valablement; mais il s'évanouira si, *quo tempore dies cedere solet*, le légataire se trouve encore sous la puissance de l'institué. Au contraire, suivant les Proculiens, le legs est toujours nul dès le principe, fût-il fait sous condition, *quia quos in potestate habemus, eis non magis sub conditione quàm purè debere possumus*. Enfin les Sabiniens distinguent : suivant eux, le legs est nul quand il est fait purement et simplement, valable quand il est fait sous condition. — De ces trois opinions, laquelle est la plus conforme aux principes? Celle de Servius méconnaît manifestement la règle Catonienne. Celle des Proculiens ne paraît pas exacte, attendu qu'il n'existe encore aucune dette de l'institué envers le légataire *antè diem cedentem*, et qu'il peut très-bien se faire qu'au moment où *dies cedit* le légataire ne soit plus sous la puissance de l'institué. Enfin l'opinion des Sabiniens est parfaitement d'accord avec la règle Catonienne, que nous trouvons même, à cette occasion, formulée dans le texte de Gaius. Cette opinion des Sabiniens est admise sans difficulté par Ulpien, qui s'exprime ainsi : *Ei qui in potestate, manu mancipiove, est scripti heredis, sub conditione legari potest, ut requiratur, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit* (1). La même doctrine est expressément consacrée aux Institutes (2).

Ainsi, d'une part, quand je fais un legs pur et simple à l'esclave de celui que j'ai institué héritier, cela est nul; d'autre part, comme nous l'avons vu, quand je lègue purement et simplement à un esclave la chose de son maître, cela est valable. Ces deux décisions ne sont-elles pas un peu contradictoires? Non : la première est fondée uniquement sur ce que la même personne qui doit recueillir le legs est chargée de le fournir; or, aucune confusion de ce genre ne se présente dans la deuxième hypothèse (3).

Quand nous disons que le legs pur et simple fait à l'esclave de l'institué est nul, nous supposons qu'il y a un seul institué. Quand il y en a plusieurs, il est clair que le testateur peut faire un legs

(1) *Fragm.*, XXIV, § 23.
(2) § 32 *De leg.*
(3) Voyez l'article, déjà cité, de M. Pellat, *Revue historique*, tome IX, page 229.

à l'esclave de l'un d'eux, puisque même il peut léguer directement à l'un d'eux.

— Nous nous sommes occupés du legs fait à l'esclave de l'institué. Prenons maintenant le cas inverse, celui où le legs est fait au maître de l'institué. La validité de ce legs était déjà reconnue sans difficulté du temps de Gaius. Effectivement il n'est point en opposition avec la règle Catonienne. Supposons que le testateur meure immédiatement après avoir testé : nous voyons bien que le maître acquiert le droit au legs; mais nous ne savons point si c'est lui qui acquerra l'hérédité, attendu que l'institué, avant de faire adition, peut très-bien cesser de lui appartenir. Le legs est donc valable en lui-même ; seulement, pour qu'il puisse s'exécuter il faut nécessairement que l'institué faisant adition n'appartienne plus au légataire (1). La même doctrine est très-bien exposée par les rédacteurs des Institutes (2).

III. Si le legs peut se trouver à une place quelconque dans le testament ; s'il comporte toute espèce de modalités.

Dans l'ancien droit, un legs n'était pas valable s'il figurait dans le testament avant l'institution d'héritier (3). Ce que nous disons du legs est également vrai de l'affranchissement testamentaire (4).

Que serait-il arrivé si le testateur avait institué deux héritiers et avait fait un legs entre les deux institutions? Suivant Paul, une distinction devrait être faite : le legs vaut pour moitié s'il s'agit d'un legs *per vindicationem*, pour le tout s'il s'agit d'un legs *per damnationem* (5). Supposons d'abord que, Primus et Secundus venant à l'hérédité chacun pour moitié, le testateur entre les deux institutions a légué le fonds Cornélien *per vindicationem* à un de ses amis : le legs n'étant pas opposable à l'institué Secundus, et chaque institué succédant à la moitié de tout objet non légué, il s'en-

(1) Gaius, II, § 245.

(2) § 33 *De leg.*

(3) Gaius, II, § 229; *Fragm. d'Ulpien*, XXIV, § 15; Inst., § 34 (1er alinéa) *De leg.* — Le fidéicommis, comme nous le verrons, diffère du legs sous ce rapport.

(4) Gaius, II, § 230; Inst., *loc. cit.*

(5) *Sentences*, III, VI, § 2.

suit nécessairement que dans le fonds Cornélien l'institué Secundus prendra une moitié et le légataire l'autre moitié. Que si l'institué Secundus ne venait pas à l'hérédité, l'institué Primus y venant seul, le legs vaudrait pour le tout, le légataire serait seul propriétaire du fonds Cornélien. Supposons, maintenant, que le fonds Cornélien a été légué *per damnationem* : lors même que les deux institués viendraient à l'hérédité, le legs vaudra pour le tout à la charge de l'héritier Primus. En effet, l'un de plusieurs héritiers peut très-bien être constitué débiteur, débiteur pour le tout, soit d'une *res aliena*, soit d'une *res hereditaria*, et c'est précisément ce que le testateur doit être présumé avoir voulu dans le cas qui nous occupe.

Nous pouvons, de même, supposer que le testateur a fait un affranchissement *inter medias heredum institutiones* : il y a là une sorte de legs, mais avec ce caractère particulier que l'objet est indivisible et qu'il n'est pas susceptible d'être remplacé par une somme d'argent. En conséquence, si les deux institués font adition, l'affranchissement est nul. Si Primus seul fait adition, *jure antiquo* l'affranchissement se trouve valable. Mais ce dernier point a été changé par les lois caducaires, du moins pour le cas où ce n'est pas l'institué Primus qui recueille la part caduque de l'institué Secundus : si, Primus ayant le *jus capiendi* sans avoir le *jus caduca vindicandi*, la part de Secundus est recueillie par des *legatarii patres*, l'affranchissement sera nul comme si Secundus lui-même était venu à l'hérédité. Telle est du moins la doctrine qu'Ulpien nous présente comme généralement admise (1).

— Dans le droit de Justinien, le legs et l'affranchissement peuvent être faits à une place quelconque du testament, avant comme après l'institution (2). — Nous savons que déjà dans l'ancien droit les Proculiens admettaient que la *datio tutoris* pouvait se trouver *antè institutionem* (3).

On peut apposer au legs soit un terme, soit une condition. D'après l'opinion des Sabiniens, qui a prévalu, la condition illicite

(1) *Fragments*, I, § 21.
(2) Inst., § 34 (2e alinéa) *De leg.*
(3) Gaius, II, § 231, ci-dessus, p. 343.

ou impossible, apposée à un legs, est réputée non écrite (1).

Si un legs était fait sous la condition qu'un tiers le voudra bien, ce legs serait nul. *Nonnunquàm contingit*, dit Modestin, *ut quædam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacitè intelligi potuissent nec essent obfutura. Quod evenit si alicui ità legatur :* TITIO DECEM DO LEGO, SI MÆVIUS CAPITOLIUM ASCENDERIT. *Nàm, quamvis in arbitrio Mævii sit an Capitolium ascendat, et velit efficere ut Titio legatum debeatur, non tamen poterit aliis verbis utiliter legari :* SI MÆVIUS VOLUERIT, TITIO DECEM DO. *Nàm in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Indè dictum est :* EXPRESSA NOCENT, NON EXPRESSA NON NOCENT (2). — On a prétendu qu'Ulpien admettait, au contraire, la validité du legs fait à Titius sous la condition *si Mævius voluerit*. Voici ce que dit Ulpien : *In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest : quid enim interest,* SI TITIUS IN CAPITOLIUM ASCENDERIT, *mihi legetur, an,* SI VOLUERIT (3)? Il n'y a là rien de contraire à la doctrine de Modestin. Ulpien veut dire simplement qu'il est permis de faire un legs qui au fond dépend de la volonté d'un tiers. Quand un legs est fait sous la condition que Mævius montera au Capitole, en réalité cette condition revient bien à celle-ci : *Si Mævius voluerit*. Il n'en est pas moins vrai que le résultat sera fort différent, puisque l'une est permise, tandis que l'autre vicierait le legs.

Supposons qu'une chose soit léguée sous la condition que le légataire ne fera pas un certain acte, susceptible d'être fait jusqu'au jour de sa mort. Si l'on s'attachait rigoureusement aux principes, on dirait : « Nous ne serons sûrs que la condition est accomplie qu'après la mort du légataire : par conséquent, c'est toujours au profit de son héritier seulement qu'aura lieu l'exécution du legs. » Mais, dans une matière où la considération de la personne joue un grand rôle, il serait bizarre, il serait très-probablement contraire à l'intention du testateur, de procéder ainsi. Alors on exécute le legs comme s'il n'était pas conditionnel ; seulement, le légataire

(1) Gaius, III, § 98; Inst., § 10 *De hered. instit.* (II, 14). Comp., ci-dessus, p. 653.

(2) L. 52, D., *De condit. et demonstr.* (35, 1). Comp. Pomponius L. 68 *De hered. instit.* (28, 5).

(3) L. 1 pr., D., *De leg.* 2°.

garantit qu'il restituera la valeur à lui remise, si avant de mourir il contrevient à la condition. La garantie ainsi fournie est appelée *caution mucienne*, du nom du jurisconsulte Mucius Scévola, qui en avait donné la formule. *Mucianæ cautionis utilitas*, dit Ulpien, *consistit in conditionibus quæ in non faciendo sunt conceptæ, ut puta* SI IN CAPITOLIUM NON ASCENDERIT, SI STICHUM NON MANUMISERIT, *et in similibus... Nec solùm in legatis placuit, verùm in hereditatibus quoque idem remedium admissum est* (1).

Lorsqu'un legs est fait *sub die incerto*, c'est-à-dire pour être exécuté lors d'un événement qui doit certainement arriver, mais sans qu'on sache à quelle époque, ici, comme en matière d'institution, le *dies incertus* a le caractère et les effets d'une condition. Toutefois, ainsi que nous allons le voir dans un instant, lorsqu'il est certain que l'événement arrivera du vivant du légataire, on n'y voit pas un *dies incertus*, c'est-à-dire une condition ; on y voit un terme ordinaire.

— Le legs est essentiellement une charge imposée à l'héritier. En conséquence, le legs ne serait pas valable s'il devait être exécuté après la mort de l'héritier, si le testateur avait dit : CUM HERES MEUS MORTUUS ERIT, DO LEGO. — Il serait également nul s'il devait être exécuté *post mortem legatarii*. En effet, un pareil legs est réellement au profit de l'héritier du légataire, c'est-à-dire au profit d'une personne incertaine. — Le legs serait également nul s'il était fait pour la veille de la mort de l'héritier, pour la veille de la mort du légataire. Cela tient sans doute à ce que nous ne pouvons connaître la veille de la mort d'un individu qu'après que cet individu est mort : ici encore l'exécution aurait donc lieu à la charge de l'héritier de l'institué, au profit de l'héritier du légataire. Cependant on pourrait objecter qu'un droit naît valablement pour nous ou contre nous, même à notre insu. Telle est sans doute l'idée de Gaius, lorsqu'il dit : *Ità non potest legari :* PRIDIÈ QUAM HERES MEUS MORIETUR ; *quod non pretiosâ ratione receptum videtur* (2). — Les différentes règles qui viennent d'être indiquées ont été abrogées

(1) Ulpien, L. 7 pr., D., *De condit. et demonstr.* Voy. aussi Papinien, L. 79 § 2 *eod. Tit.*
(2) Comment. II, § 232 *in fine.*



MORIATUR, *quia non post mortem heredis relinquitur*, ejus tempore (2). Le legs fait pour l'instant de la m était également considéré comme valable. Seulem legs le premier, non le deuxième, était réputé co tient à ce que nous ne pouvons pas savoir si le léga vivant *cùm heres morietur* (3).

En ce qui concerne le legs *cùm legatarius mor* que le légataire n'est pas recevable à demander l' diate en offrant de fournir la caution mucienn irait contre la volonté exprimée par le testate aussi que le même legs serait nul s'il avait po d'usufruit. Les deux décisions se tiennent. *Quam* MORIETUR LEGATARIUS *inutiliter legetur*, *tamen* *remedium*, *usufructu quoque sub conditionem al* *legato*, *locum habet* (4).

Le testateur qui fait un legs doit être anim de bienveillance pour le légataire. S'il apparaît simplement d'amener l'héritier à se conduire d nière en lui imposant la charge d'un legs pour duirait autrement, le legs n'a pas le caractère q ment avoir : d'après les anciens principes, il es *Pœnæ nomine inutiliter legatur*, dit Gaius. *Pœ*

ɔquer, le legs
ement pouvait
ı de dol (1). Il
établi que de-
entre le testa-
résumé chez le

s principes en
e par codicille,
mé ; en second
plus nécessaire
ptio legatorum,
is, firma est, sive
, id est aliis qui-

e peut aussi être
simplement est
ne l'existence du
tius le fonds Cor-
erit : évidemment
ex Asiâ non vene-
nême que si dès le
pposons, par exem-
ire Titius : si dès le
ance de valoir (3) ;
ement, il a été nul
e. Il serait absurde,
condition du léga-
Florentinus, *adempt-*
ır, intervenit (4).
ne, dans le but d'exer-
lérait autrefois cette ré-

ıs, p. 748.
, 24).

intéresser une personne à commettre une mauvaise action : dans les deux cas, le législateur supprime l'intérêt dont il s'agit. Dans le premier cas, le testateur a voulu amener Titius à commettre un meurtre, en lui faisant entrevoir comme récompense le bénéfice du legs : Titius n'aura pas besoin de commettre le meurtre pour gagner le legs. Dans le deuxième cas, le testateur a voulu amener son héritier à commettre un meurtre, en lui faisant entrevoir comme punition, dans l'hypothèse où il ne se prêterait pas à son intention criminelle, la nécessité de perdre une partie de la succession, de payer un legs à Titius : l'héritier se trouve dispensé de tuer Mævius, et il garde toute la succession, le legs étant déclaré nul. Ce n'est donc qu'au premier abord qu'on pourrait croire qu'il y a défaut de concordance entre les deux décisions : Justinien a, pour ainsi dire, développé le principe autrefois admis relativement aux conditions illicites ou impossibles apposées aux legs.

DE LA RÉVOCATION DES LEGS.

Nous parlerons ici, soit de la révocation proprement dite, *ademptio*, soit d'une sorte de révocation partielle, qu'on appelle *translatio*.

I. L'homme qui, après avoir fait un premier testament, en fait un deuxième, révoque par là même toutes les dispositions contenues dans le premier. Mais il est possible qu'un testament qui contient un ou plusieurs legs soit maintenu, que seulement le testateur révoque le legs ou l'un des legs qu'il contient. C'est de ce deuxième cas que nous avons actuellement à nous occuper.

La révocation peut se trouver dans le testament lui-même ; elle peut se trouver aussi dans un codicille confirmé d'avance par ce testament. De plus, pour que la révocation opère *ipso jure*, pour que le legs se trouve réduit *ad non esse*, il faut que cette révocation soit conçue précisément dans les termes contraires à ceux qui ont été employés pour faire le legs. *Legatum cùm datum est,* dit Ulpien, *adimi potest vel eodem testamento vel codicillis testamento confirmatis, dùm tamen eodem modo adimatur quo modo datum est* (1). Si le tes-

(1) *Fragm.*, XXIV, § 29.

tateur avait manifesté autrement sa volonté de révoquer, le legs subsistait ; mais le légataire qui en demandait le paiement pouvait être repoussé par l'héritier au moyen de l'exception de dol (1). Il aurait pu également être repoussé si l'héritier avait établi que depuis le testament une inimitié grave était survenue entre le testateur et le légataire : on aurait alors naturellement présumé chez le testateur la volonté de révoquer.

Voilà pour l'ancien droit. Justinien a modifié ces principes en deux points. D'abord, quand la révocation est faite par codicille, peu importe que le codicille ait été ou non confirmé ; en second lieu, pour qu'il y ait révocation *ipso jure*, il n'est plus nécessaire que des *verba contraria* aient été employés. *Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur legata, sive codicillis, firma est, sive contrariis verbis fiat ademptio, ..., sive non contrariis, id est aliis quibuscumque verbis* (2).

— La révocation peut être pure et simple ; elle peut aussi être conditionnelle. Lorsqu'un legs fait purement et simplement est révoqué sous condition, il est clair que par là même l'existence du legs est désormais conditionnelle. J'ai légué à Titius le fonds Cornélien ; puis je révoque ce legs *si navis ex Asiâ venerit* : évidemment Titius n'aura droit au legs qu'autant que *navis ex Asiâ non venerit*. Du reste, le résultat ne sera pas toujours le même que si dès le principe le legs eût été fait conditionnellement. Supposons, par exemple, que le fonds Cornélien appartienne au légataire Titius : si dès le principe le legs eût été conditionnel, il avait chance de valoir (3) ; au contraire, ayant été fait purement et simplement, il a été nul tout d'abord, et doit rester nul quoi qu'il arrive. Il serait absurde, en effet, qu'une révocation pût améliorer la condition du légataire : comme le dit très-bien le jurisconsulte Florentinus, *ademptio quo minùs, non quo magis legatum debeatur, intervenit* (4).

— Si la révocation était faite *pœnæ nomine*, dans le but d'exercer une pression sur le légataire, on considérait autrefois cette ré-

(1) Voy. notamment Gaius, II, § 198, ci-dessus, p. 748.
(2) Inst., pr. *De adempt. et translat. leg.* (II, 21).
(3) Voy. ci-dessus, p. 742 et 743.
(4) L. 14, D., *De adim. et transfer. leg.* (34, 4).

vocation comme nulle; il n'en est plus ainsi dans le droit de Justinien (1).

II. D'après Paul, il peut y avoir *translatio* dans quatre hypothèses distinctes : *Translatio legati fit quatuor modis : aut enim a personâ in personam transfertur* (changement de légataire) ; *aut ab eo qui dare jussus est transfertur, ut alius det* (changement de l'héritier chargé du legs); *aut cùm res pro re datur, ut pro fundo decem aurei* (changement d'objet); *aut, cùm purè datum est, transfertur sub conditione* (apposition d'une modalité) (2). Les Institutes mentionnent seulement la première hypothèse (3).

On peut dire que dans la *translatio* entrent deux éléments, savoir: 1° révocation du legs, et 2° établissement d'un nouveau legs destiné à remplacer le premier. C'est précisément ce que disent les Institutes, à propos de la *translatio a personâ in personam : Quo casu simul Titio adimi videtur, et Seio dari* (4). Par là s'explique que le legs primitif soit éteint lors même que la nouvelle disposition serait inefficace : ainsi, Seius n'ayant pas la *factio testamenti* ou venant à mourir du vivant du testateur, Titius n'en a pas moins perdu toute espèce de droit au legs (5). Toutefois, lorsqu'une modalité affectait le legs fait à Titius, elle n'est pas éteinte, le testateur est présumé avoir voulu la rattacher à la disposition faite en faveur de Seius (6). A ce point de vue, la novation en matière d'obligations diffère absolument de la *translatio* en matière de legs.

La *translatio* faite *pœnæ nomine*, nulle dans l'ancien droit, est valable dans le droit de Justinien (7).

DE LA LOI FALCIDIE.

Très-anciennement le testateur pouvait faire des legs aussi considérables que son patrimoine lui-même. *Olim quidem*, dit Gaius,

(1) Inst., § 36 *De leg.*
(2) L. 6 pr., D., *De adim. et transfer. leg.*
(3) § 1 *De adempt. et translat. leg.*
(4) Même § 1, *in fine.*
(5) Julien, L. 8, et Pomponius, L. 20, D., *De adim. et transfer. leg.*
(6) Papinien, L. 24 pr. *eod. Tit.*
(7) Inst., § 36 *De leg.*

licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quicquam heredi relinquere præterquàm inane nomen heredis (1). Cela était conforme au texte de la loi des douze Tables ; mais cela entrainait souvent comme conséquence la répudiation de l'héritier institué, et alors le *de cujus* se trouvait être mort intestat. On jugea donc utile, *ipsorum testatorum gratiâ,* de restreindre cette *licentia legandi;* et plusieurs lois, ou plutôt plusieurs plébiscites, furent successivement promulgués à cet effet (2).

La première de ces lois est la *lex Furia* (votée probablement en 571), *quâ, exceptis personis quibusdam, cæteris plus mille assibus, legatorum nomine mortisve causâ, capere permissum non est* (3). Les personnes exceptées, c'est-à-dire qui peuvent recevoir d'un testateur, à titre de legs, une valeur supérieure à 1,000 as, ce sont ses plus proches parents (4). Gaius nous apprend que, si une personne non exceptée avait par erreur touché plus de 1,000 as, pour la forcer à rendre l'excédant, on pouvait immédiatement employer contre elle la *manûs injectio* (5). Il est évident que la loi Furia dont nous parlons en ce moment, qu'on appelle quelquefois *lex Furia testamentaria*, ne doit pas être confondue avec la loi Furia Caninia dont nous avons parlé précédemment : celle-ci est postérieure de près de deux siècles (6). — Avec cette loi Furia *testamentaria*, on n'atteignit pas le but qu'on poursuivait : *Hæc lex,* dit Gaius, *non perfecit quod voluit : qui enim, verbi gratiâ, quinque millium æris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare* (7).

Alors on imagina un autre système, le système de la loi Voconia. Cette loi, dont nous avons déjà cité une première disposition (8), est de l'an 585. Elle porte *ne cui plus, legatorum nomine mortisve causâ, capere liceret, quàm heredes caperent* (9). Un légataire

(1) Comment. II, § 224.
(2) Inst., pr. *De lege Falcidiâ* (II, 22).
(3) Gaius, II, § 225.
(4) *Fragm. du Vatican*, § 301.
(5) Comment. IV, § 23.
(6) Comp. Gaius, II, § 228.
(7) Comment. II, § 225 *in fine*.
(8) Ci-dessus, p. 641 et 642.
(9) Gaius, II, § 226.

ne peut jamais avoir plus que l'institué : par conséquent, le maximum de ce que peut obtenir un légataire, c'est la moitié de la succession. — Cette loi Voconia suppose que le testateur est *census*, c'est-à-dire inscrit sur les tables du cens comme ayant au moins 100,000 as. En effet, Cicéron apostrophe ainsi Verrès : ...*Si hoc juris non unius causâ hominis edixisses, cautiùs composuisses. Scribis :* SI QUIS HEREDEM FECIT, FECERIT. *Quid si plus legârit quàm ad heredem heredesve perveniat, quod per legem Voconiam ei qui census sit non licet?...* (1). — Quelques interprètes avaient pensé que cette disposition de la loi Voconia concernait exclusivement le legs fait à une femme. Cette idée est abandonnée aujourd'hui. Du reste, quoique générale, la disposition n'était guère plus efficace que celle de la loi Furia : *Ex quâ lege*, dit Gaius, *planè quidem aliquid utique heredes habere videbantur; sed tamen ferè vitium simile nascebatur : nàm, in multas legatariorum personas distributo patrimonio, poterat adeò heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi, hujus lucri gratiâ, totius hereditatis onera sustinere* (2).

Un dernier remède fut employé ; c'est celui de la loi Falcidie, rendue en 714 de la fondation de Rome. *Lege Falcidiâ*, dit Justinien, *modus novissimè legatis impositus est... Quâ cavetur, ne plus legare liceat quàm dodrantem totorum bonorum, id est, ut, sive unus heres institutus esset, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneret* (3). Le texte même de cette loi Falcidie nous a été conservé, au Digeste, dans un fragment du jurisconsulte Paul (4).

Supposons qu'un testateur ait légué une chose ou une somme qui représente une valeur supérieure aux trois quarts de sa fortune : en vertu de la loi Falcidie, le legs se trouve réduit *ipso jure*, à la mesure des trois quarts, de sorte que, si le légataire s'avisait de demander par la revendication ou par l'action *ex testamento* la totalité du legs, ce serait un cas de plus-pétition (5).

(1) *Seconde action contre Verrès*, I, n° 43.
(2) Gaius, II, § 226 *in fine*.
(3) Inst., pr. *De lege Falc.* Voy. aussi Gaius, II, § 227.
(4) L. 1 pr. *Ad leg. Falc.* (35, 2).
(5) Inst., § 33 *De action.* (IV, 6). Voy. aussi Gaius, L. 76 § 1, D., *De rei vindic.* (6, 1).

Nous savons déjà que la loi Falcidie s'applique aux donations à cause de mort comme aux legs (1).

Les legs contenus dans le testament d'un militaire ne sont point soumis à l'application de la loi Falcidie (2).

Enfin je rappelle que, dans le droit de Justinien, l'héritier n'est recevable à invoquer la loi Falcidie qu'autant qu'il a fait inventaire (3).

Nous avons vu que ni la loi Furia ni la loi Voconia n'avaient pleinement atteint ce but : faire en sorte que, l'hérédité étant solvable, l'institué ait toujours un intérêt sérieux à se porter héritier. Même avec la loi Falcidie, le but du législateur ne sera pas, dans tous les cas, complétement réalisé. C'est une conséquence du principe que, pour savoir si les legs doivent être réduits et dans quelle proportion ils doivent l'être, il faut toujours considérer la valeur des biens héréditaires au moment de la mort du testateur. Supposons qu'à ce moment les biens valent 100 : *Si septuaginta quinque legaverit, et antè aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis fortè aut naufragiis aut morte servorum, ut non ampliùs quàm septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minùs relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem : quæ res efficit ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem pacisci* (4). Pour comprendre cela, il ne faut pas supposer que les objets qui périssent avaient été légués : il faut supposer que ce sont par exemple des sommes d'argent qui ont été léguées, et que des corps certains composant l'hérédité ont péri depuis la mort du testateur et avant que l'institué n'eût fait adition. C'est alors qu'il peut arriver que l'institué n'ait plus intérêt à faire adition : sa seule ressource sera de menacer les légataires de répudier l'hérédité, ce qui ferait tomber tous les legs, s'ils ne veulent pas lui laisser telle partie de cette hérédité.

(1) Voy. ci-dessus, p. 578. Voy. aussi Marcien, L. 27, D., *De mortis causâ don.* (39, 6).

(2) Scévola, L. 96, D., *Ad leg. Falc.* (35, 2).

(3) Ci-dessus, p. 723.

(4) Gaius, L. 73 pr. *in fine*, D., *Ad leg. Falc.*; Inst., § 2 *in fine De lege Falc.*

Du reste, à l'inverse, le principe qu'il faut se placer à l'instant de la mort *in quantitate patrimonii exquirendâ* peut entrainer cette conséquence que l'héritier fera subir une réduction aux légataires et qu'en définitive il obtiendra plus du quart de la succession : il n'y a qu'à supposer que les valeurs héréditaires se sont accrues depuis la mort du testateur. C'est aussi ce que disent Gaius et Justinien (1).

Il est à remarquer qu'on se place ainsi au jour de la mort pour évaluer les biens héréditaires, lors même qu'il s'agirait de legs *quorum dies non morte cedit,* par exemple de legs conditionnels. Il y a là une règle uniforme, qui ne varie point d'après la nature des legs auxquels il s'agit d'appliquer la loi Falcidie.

Comment se forme la masse dont l'héritier institué doit garder au moins le quart? Nous pouvons dire, d'une manière générale, qu'on procède ici comme quand il s'agit de voir si un légitimaire a bien reçu sa quarte ; et, en effet, la quarte légitime paraît dériver de la Falcidie.

Il faut d'abord savoir ce que vaut l'actif héréditaire. En conséquence, on prend tous les biens non aliénés entre-vifs par le défunt. On les prend d'après leur valeur lors du décès. Si l'on trouve dans la succession une créance sur un insolvable, on voit combien on pourrait en retirer en la vendant ou en poursuivant le débiteur : *Cujus debitor solvendo non est,* dit Paul, *tantum habet in bonis quantum exigere potest* (2). S'agit-il d'une créance conditionnelle : Gaius nous dit qu'on a beaucoup hésité sur la marche à suivre. Il ajoute qu'habituellement dans la pratique on voit pour quel prix la créance pourrait être vendue : *hoc jure utimur ut quanti ea spes obligationis venire possit, tantum stipulatoris bonis accedere videatur* (3). Enfin, si le *de cujus* avait une créance sur l'héritier lui-même, la confusion qui s'opère n'empèche pas qu'on ne doive la compter dans l'intérêt des légataires. C'est ce que dit très-bien Paul : *Si debitor creditori heres existat, quamvis confusione*

(1) Voy. les deux mêmes textes.
(2) L. 63 § 1 *Ad leg. Falc.*
(3) L. 73 § 1 *eod. Tit.*

liberetur, tamen locupletiorem hereditatem percipere videtur, ut computetur ei quod debet, quamvis aditione confusum sit (1).

Le chiffre de l'actif brut étant ainsi obtenu, il reste à faire certaines déductions. On déduit d'abord toutes les dettes laissées par le défunt ; on déduit même ce que le défunt devait à l'héritier, parce que, comme le dit Julien, si un autre que le créancier eût été institué, les cent sous d'or dus par le défunt *in œre alieno ponerentur* (2). On déduit également les frais funéraires auxquels a donné lieu la mort du *de cujus*. On déduit enfin la valeur des esclaves affranchis, sans distinguer s'ils sont affranchis directement par le testament ou simplement par fidéicommis (3). En effet, l'affranchissement dont il s'agit est bien une espèce de legs ; mais un legs qui a pour objet une chose indivisible et inappréciable en argent, c'est-à-dire un legs irréductible : il fallait donc ou ne pas l'exécuter du tout, quand les legs dépassent les trois quarts, ou l'exécuter complétement, et c'est à ce dernier parti qu'on s'est arrêté. Il en résulte que les esclaves ainsi affranchis *mortis causâ* sont traités comme les créanciers du défunt et non comme ses légataires. — Lorsqu'un legs a pour objet une servitude, le légataire obtiendra bien la servitude ; mais il reste soumis à la réduction, en ce sens qu'il devra offrir une partie de la valeur, faute de quoi il pourrait être écarté par l'exception *doli mali : Hæc legata quæ dividuitatem non recipiunt*, dit Gaius, *tota ad legatarium pertinent. Sed potest heredi hoc remedio succurri ut, œstimatione factâ legati, denunciet legatario ut partem œstimationis inferat ; si non inferat, utatur adversùs eum exceptione doli mali* (4).

Une fois opérées les déductions dont il vient d'être parlé, nous avons l'actif net dont un quart au moins doit rester *apud heredem*. Si le montant des legs dépasse les trois quarts de cet actif net, il y a lieu à réduction ; la réduction, en principe, frappe chaque légataire proportionnellement à l'importance de son legs. Toutefois, le testateur a très-bien pu ordonner que la réduction, s'il y avait lieu,

(1) L. 1 § 18 *eod. Tit.*
(2) L. 87 § 2 *eod. Tit.*
(3) Inst., § 3 (au commencement) *De lege Falc.*
(4) L. 80 § 1, D., *Ad leg. Falc.* Voy. aussi Paul, L. 5 § 1, D., *De doli mali et met. exc.* (44, 4).

frapperait d'abord tel ou tel légataire, ou, réciproquement, que tel légataire ne devrait être atteint qu'à la dernière extrémité (1). — Lorsqu'il y a des legs conditionnels, provisoirement on n'en tient pas compte : *magis in usu est*, dit Gaius, *solvi quidem purè legata, perindè ac si nulla alia sub conditione legata fuissent; cavere autem legatarios debere, ex eventu conditionis, quod ampliùs accepissent redditu iri* (2).

Les Institutes indiquent très-bien comment s'opère, en général, la réduction : « Sur l'actif net, trois quarts sont distribués entre les « légataires, proportionnellement à ce qui a été légué à chacun. « Si donc nous supposons que 400 sous d'or ont été légués, et que « le patrimoine sur lequel les legs doivent être payés vaut précisé- « ment 400 sous d'or, chaque légataire sera réduit d'un quart. Si « la somme des legs était seulement de 350 sous d'or, chacun de- « vrait être réduit d'un huitième. Que si le testateur a légué 500 « sous d'or, on retranche d'abord un cinquième, puis un quart : « en effet, il faut d'abord retrancher ce qui dépasse la valeur des « biens, puis ce qui doit être laissé à l'héritier » (3).

Quand il y a plusieurs héritiers, pour que les legs échappent à la réduction, suffit-il que le testateur ait laissé le quart aux héritiers considérés collectivement, ou faut-il que chacun d'eux se trouve avoir intact le quart de la part héréditaire pour laquelle il est institué ? Par exemple, le testateur, qui laisse 400 d'actif net, a institué Primus et Secundus ; à la charge de Primus il a mis des legs pour 200, et à la charge de Secundus il n'a mis aucun legs : y a-t-il lieu à réduction ? *In singulis heredibus*, dit Gaius, *rationem legis Falcidiæ componendam esse non dubitatur; et ideò, si, Titio et Seio heredibus institutis, semis hereditatis Titii exhaustus, Seio autem quadrans totorum bonorum relictus sit, competit Titio beneficium legis Falcidiæ* (4).

Comment s'expliquer cette décision, si rigoureuse à l'encontre

(1) Ulpien, L. 64, et Africain, L. 88 § 2, D., *Ad leg. Falc.*
(2) L. 73 § 2 *eod. Tit.*
(3) § 3 *De lege Falc.*
(4) L. 77, D., *Ad. leg. Falc.* Cette décision est reproduite aux Institutes, § 1 *De lege Falc.*

des légataires ? Elle s'explique historiquement. A l'époque où fut rendue la loi Falcidie, l'accroissement entre héritiers s'opérait *sine onere* : par conséquent, si l'héritier Primus, dont la part héréditaire est absorbée par les legs mis à sa charge, avait répudié l'hérédité, Secundus aurait recueilli l'hérédité entière sans avoir aucun legs à payer : tous les legs se seraient évanouis. Cela étant, on comprend que, dans l'intérêt des légataires eux-mêmes, pour déterminer Primus à faire adition, il lui soit permis d'invoquer la loi Falcidie. Mais cette décision s'explique moins facilement dans le droit de Justinien, où l'accroissement entre héritiers a lieu *cum onere legatorum* (1).

Gardant toujours la même hypothèse, je mentionnerai spécialement des textes qui se réfèrent au cas où l'un des deux institués fait défaut. Gaius distingue suivant que c'est Primus ou Secundus qui fait ainsi défaut. Si Secundus fait défaut, de manière que Primus, dont la part était absorbée, arrive seul à l'hérédité, les légataires en profiteront, *placet adjuvari legatarios per deficientem partem*. C'est comme quand parmi les legs il y en a qui s'évanouissent : les autres sont réduits d'autant moins, ou peut-être même, grâce à cette circonstance, ils ne le sont pas du tout. Si au contraire c'est Primus qui fait défaut, sa part accroît à Secundus grevée de legs, mais avec le droit pour Secundus de les réduire exactement comme aurait pu le faire Primus. Sur ce dernier point, Gaius évidemment raisonne dans le système des lois caducaires et non dans le système de l'ancien droit civil, puisqu'il admet que l'accroissement a lieu *cum onere* (2). — Même observation en ce qui concerne le texte suivant du jurisconsulte Paul : *Si coheredis mei portio exhausta sit, mea integra, et illam vindicavero, Cassius confundendas esse partes existimat, Proculus contrà ; in quâ specie et Julianus Proculo adsensit : quam sententiam probabiliorem esse puto.* Dire que les deux parts ne seront point confondues, c'est dire que les legs seront réduits comme ils l'auraient été si le co-héritier à la charge de qui ils ont été mis par le testateur fût venu à la succession. Paul repro-

(1) Comp. Celsus, L. 29 § 2, D., *De leg.* 2°, et Justinien, L. un. § 10, C. *De caduc. toll.* (6, 51).

(2) L. 78, D., *Ad leg. Falc.*

duit donc la doctrine de Gaius. *Sed et divus Antoninus judicasse dicitur non commiscendas esse utrasque partes in computatione legis Falcidiæ* (1).

— Un testateur a institué deux héritiers; il a fait des legs dont le total dépasse les trois quarts de la succession, et notamment il a légué *per præceptionem* à l'héritier Primus le fonds Cornélien : en cas pareil, la moitié du fonds Cornélien à laquelle Primus est appelé comme légataire doit être soumise à la loi commune, Secundus pourra invoquer la loi Falcidie; quant à l'autre moitié du fonds Cornélien, Primus la prendra comme héritier, à la charge de l'imputer sur sa quarte (2).

Justinien, dans ses Novelles, a introduit quelques principes nouveaux en ce qui concerne la quarte Falcidie. — Dans la Novelle 1, ch. 2, § 2, il décide que le testateur peut, par une déclaration spéciale, exclure l'application de la loi Falcidie ; et, dans la Novelle 119, ch. 11, il établit que le testateur qui frappe d'inaliénabilité un immeuble par lui légué, soustrait par là même à l'application de cette loi Falcidie l'immeuble en question.

DES FIDÉICOMMIS.

Le fidéicommis est une disposition de dernière volonté, qui tantôt présente de l'analogie avec l'institution d'héritier et tantôt avec le legs. Aussi aurons-nous à étudier successivement l'hérédité fidéicommissaire et le fidéicommis particulier (3). — Le fidéicommis est souvent fait par testament; mais il peut être fait aussi par simple codicille. Le codicille est un acte analogue au testament.

(1) L. 1 § 14 *eod. Tit.* Dans la dernière phrase, la négation me paraît indiquée par la rédaction même du texte; mais aucun manuscrit ne la donne.

(2) Gaius, L. 74 *eod. Tit.*

(3) Nous avons, aux Institutes, un Titre *De fideicommissariis hereditatibus* (II, 23), et un Titre *De singulis rebus per fideicommissum relictis* (II, 24). — Du reste, comme nous le verrons, même le fidéicommissaire à qui doit être restituée toute l'hérédité ou une part aliquote de l'hérédité se trouve quelquefois *loco legatarii* et non pas *loco heredis*.

mais non solennel. Quand on parle des fidéicommis, on est naturellement amené à parler des codicilles (1).

Nous trouvons, aux Institutes, des détails curieux sur l'origine des fidéicommis. « Il faut savoir, dit Justinien, que, dans les pre« miers temps, tout fidéicommis était nul, parce que personne « n'était contraint de fournir ce qu'on l'avait prié de fournir. Lors« qu'on voulait transmettre des biens à une personne au profit de « laquelle on ne pouvait faire ni une institution ni un legs, il fal« lait s'en rapporter à un tiers capable de recevoir *ex testamento* : « de là le nom de *fidéicommis*, parce que ces dispositions *nullo « vinculo juris, sed tantùm pudore eorum qui rogabantur, contine« bantur*. A plusieurs reprises, l'empereur Auguste, soit par faveur « pour certaines personnes, soit parce que certains héritiers avaient « été priés au nom du salut de l'empereur lui-même, soit enfin en « raison de l'insigne perfidie de quelques-uns, ordonna aux Con« suls d'intervenir. Comme cette intervention paraissait juste et « que la chose était populaire, peu à peu s'établit une juridiction « permanente ; et la faveur des fidéicommis devint telle qu'on « créa un Préteur particulier, le *Prætor fideicommissarius*, pour « rendre la justice en matière de fidéicommis » (2).

Je ferai dès à présent une observation importante. En général, dans les différentes matières de droit que nous étudions, nous pouvons remarquer que les entraves mises dans le principe à la réalisation de la volonté des parties vont toujours en s'affaiblissant, que de jour en jour une liberté plus grande est laissée aux citoyens. Or, dans le développement historique de la théorie des fidéicommis, c'est précisément l'inverse que nous observons : la liberté, très-grande à l'origine, a été de plus en plus restreinte. Ainsi, dans le principe, les pérégrins pouvaient recevoir à titre de fidéicommis, et même, ajoute Gaius, *ferè hæc fuit origo fideicommissorum* ; cela leur fut ensuite défendu. De même, à l'origine, les *cælibes* avaient le *jus capiendi ex fideicommisso*; par le Sénatusconsulte

(1) Aux Institutes, le Titre *De codicillis* suit immédiatement les Titres consacrés aux fidéicommis.

(2) § 1 *De fideic. heredit.*

Pégasien les fidéicommis furent assimilés sous ce rapport aux institutions et aux legs (1).

I. Des hérédités fidéicommissaires.

Celui qui veut, au moyen d'un fidéicommis, faire parvenir sa succession en tout ou en partie à une certaine personne, celui-là, s'il fait un testament, doit avoir soin tout d'abord d'instituer régulièrement un héritier. *Imprimis sciendum est*, dit Gaius, *opus esse ut aliquis heres recto jure instituatur, ejusque fidei committatur ut eam hereditatem alii restituat : alioquin inutile est testamentum in quo nemo recto jure herès instituitur* (2). Ce texte ne signifie en aucune façon que l'hérédité fidéicommissaire présuppose l'institution d'un héritier testamentaire : car on peut très-bien par codicille charger l'héritier *ab intestat* de restituer la succession à un tiers (3). Le texte signifie simplement que celui qui veut faire un fidéicommis par testament ne doit pas oublier d'instituer directement un héritier, sans quoi il n'y aurait pas de testament.

Gaius et Justinien, après lui, indiquent en quels termes le fidéicommis est habituellement conçu. Ils ajoutent que le fidéicommis peut avoir pour objet la restitution d'une partie seulement de l'hérédité ; que le fidéicommis peut être pur et simple, ou à terme, ou sous condition (4).

— Lorsque l'héritier est chargé de restituer l'hérédité à un tiers, comment s'opère la restitution? Elle s'opère par le simple accord des volontés ; elle n'exige pas absolument la remise effective des objets aux mains du fidéicommissaire. *Factà in fideicommissarium restitutione*, dit Gaius, *statim omnes res in bonis fiunt ejus cui restituta est hereditas, etsi nondùm earum nactus fuerit possessionem* (5).

Du temps de Gaius et jusqu'à Justinien, comme nous allons le

(1) Gaius, II, §§ 285 et 286.

(2) Gaius, II, § 248 ; Inst., § 2 (au commencement) *De fideic. heredit.*

(3) Gaius, II, § 270 ; Inst., § 10 *De fideic. heredit.*

(4) Gaius, II, §§ 249 et 250 ; Inst., § 2 (2e alinéa) *De fideic. heredit.*

(5) L. 63 pr., D., *Ad senatusc. Trebell.* (36, 1). Comp. Ulpien, L. 37 pr. *eod. Tit.*

voir dans un instant, le fidéicommissaire est tantôt *heredis loco*, tantôt *legatarii loco* (1) : *Heredis loco*, par application du Sénatusconsulte Trébellien; *legatarii loco*, par application du Sénatusconsulte Pégasien. Avant ces Sénatusconsultes, il était plutôt *emptoris loco*. C'était alors l'usage que l'hérédité fût vendue *nummo uno*, *dicis causâ*, au fidéicommissaire à qui elle était restituée; et les mêmes stipulations qui interviennent entre le vendeur et l'acheteur d'une hérédité intervenaient entre l'héritier grevé et le fidéicommissaire. L'héritier stipulait du fidéicommissaire : Promettez-vous de me tenir compte de toutes les sommes auxquelles je puis être condamné *hereditario nomine* et de tout ce que j'aurai dépensé de bonne foi, et promettez-vous de me défendre contre toute action qui serait intentée contre moi également *hereditario nomine?* Le fidéicommissaire, de son côté, stipulait ainsi : Promettez-vous de me restituer tout ce qui vous parviendrait *ex hereditate*, et promettez-vous de me constituer *procurator* ou *cognitor* à l'effet d'intenter les actions héréditaires (2)?

Sous le règne de Néron, fut rendu un Sénatusconsulte Trébellien, portant que, l'hérédité une fois restituée *ex fideicommissi causâ*, les actions qui en droit civil devraient être données à l'héritier et contre lui seraient données au fidéicommissaire et contre lui. Ulpien nous a conservé le texte même du Sénatusconsulte Trébellien (3). A partir de ce Sénatusconsulte, il n'y a plus besoin de faire intervenir, au moment de la restitution de l'hérédité, les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* : en effet, le Préteur donne les actions héréditaires, comme actions utiles, *ei et in eum qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem* (4). — Du reste, les actions héréditaires, comme actions directes, continuent d'exister au profit et à la charge de l'héritier qui a fait la restitution. Seulement, le Préteur a établi une exception *restitutæ hereditatis*, au moyen de laquelle l'héritier sera repoussé s'il poursuit un débiteur du défunt, au moyen de laquelle il pourra se défendre s'il est poursuivi

(1) Gaius, II, § 251; Inst., § 3 *De fideic. heredit.*
(2) Gaius, II, § 252.
(3) L. 1 § 2, D., *Ad senatusc. Trebell.*
(4) Gaius, II, § 253; Inst., § 4 *De fideic. heredit.*

par un créancier du défunt (1). — Il est évident que dans ce système l'héritier grevé du fidéicommis peut faire adition sans aucun danger, puisque, l'hérédité une fois restituée, il peut se dispenser de payer les dettes du défunt (2).

Cependant ce système parut bientôt défectueux : onze ans seulement après la promulgation du Sénatusconsulte Trébellien, furent établies des règles nouvelles. Sans doute l'héritier pouvait faire adition sans danger; mais, chargé de restituer toute ou presque toute l'hérédité, il n'avait aucun intérêt ou il avait un intérêt trop minime à faire adition : il répudiait donc l'hérédité, et alors le fidéicommis s'évanouissait. En conséquence, sous le règne de Vespasien, un nouveau Sénatusconsulte, le Sénatusconsulte Pégasien, vint permettre à cet héritier de garder pour lui un quart de l'hérédité, *perindè atque e lege Falcidiâ in legatis retinere conceditur*. Dès lors, le fidéicommissaire se trouve être simplement *loco legatarii*, et les *onera hereditaria* regardent l'héritier, même après qu'il a fait la restitution. Les choses se passent ici comme quand le testateur fait ce qu'on appelle une *partitio*, c'est-à-dire un legs ayant pour objet une part aliquote, le quart ou le tiers de la succession : le *legatarius partiarius* partage bien la succession avec l'héritier, mais il n'est pas soumis aux actions héréditaires et il ne peut pas les exercer. Des stipulations *partis et pro parte* interviennent entre l'héritier et ce légataire partiaire, afin que, dans leurs rapports entre eux, le légataire partiaire ait en définitive dans l'actif la part fixée par le testateur et supporte dans le passif la même fraction. Sous l'empire du Pégasien, ces stipulations *partis et pro parte* interviennent entre l'héritier et le fidéicommissaire, le premier devant en définitive avoir un quart, et l'autre les trois quarts de l'actif net (3).

Par la promulgation du Sénatusconsulte Pégasien, le Sénatusconsulte Trébellien n'a point été abrogé. Nous allons voir qu'il est resté applicable dans deux cas distincts :

(1) Julien, L. 27 § 7, D., *Ad sen. Treb.* Voy. aussi Ulpien, L. 1 § 4 *eod. Tit.*
(2) Ulpien, L. 1 § 3 *eod. Tit.*
(3) Gaius, II, § 254 ; Inst., § 5 *De fideic. hæredit.* Voy. aussi les *Fragm. d'Ulpien*, XXV, § 15.

1° Si l'héritier refuse de faire adition, parce que l'hérédité lui paraît mauvaise, il résulte du Sénatusconsulte Pégasien que, sur la demande du fidéicommissaire, le Préteur donnera l'ordre à l'héritier de faire adition et de restituer, de telle sorte que les actions héréditaires soient exercées par le fidéicommissaire et contre lui, *perindè ac juris est ex Senatusconsulto Trebelliano*. Dans ce cas, par conséquent, il n'est besoin de faire intervenir aucune espèce de stipulations entre l'héritier et le fidéicommissaire (1).

Il est à remarquer que cette disposition du Sénatusconsulte Pégasien, qui permet de contraindre l'héritier à faire adition, peut être invoquée non pas seulement par le fidéicommissaire à qui le défunt a voulu que l'hérédité entière fût restituée, mais en général par tout fidéicommissaire. Ainsi, Ulpien suppose spécialement le cas où deux héritiers ont été institués et chargés de restituer la moitié de l'hérédité à un tiers : les deux héritiers se refusant à faire adition, et le fidéicommissaire demandant que l'adition soit faite à ses risques et périls, *censuit Senatus ambos heredes alterumve cogi adire hereditatem et fideicommissario eam restituere, ità ut fideicommissario et adversùs eum actiones competant, quasi ex Trebelliano restitutâ hereditate* (2). Africain donne aussi une décision analogue (3).

Lorsque l'héritier a fait ainsi adition, non pas *sponte*, mais *coactus*, il ne peut absolument rien garder de l'hérédité, pas même les objets que le défunt lui aurait expressément permis de retenir. *Qui jussu Prætoris adit hereditatem*, dit Julien, *omni commodo prohiberi debet* (4).

2° Toutes les fois que l'héritier n'est pas chargé de restituer plus des trois quarts de l'hérédité, la restitution se fait d'après le Sénatusconsulte Trébellien : les actions héréditaires sont données soit à l'héritier et au fidéicommissaire, soit contre eux, *pro ratâ parte*. Elles sont données à l'héritier et contre lui comme actions directes, au fidéicommissaire et contre lui comme actions utiles (5).

(1) Gaius, II, § 258 ; Inst., § 6 *in fine De fideic. heredit.*
(2) L. 16 § 7, D., *Ad sen. Treb.*
(3) L. 28 § 1 *eod. Tit.*
(4) L. 27 § 14 *eod. Tit.*
(5) Gaius, II, § 255 ; Inst., § 6 (1er alinéa) *De fideic. heredit.*

l'hérédité, moins un certain objet. Si cet objet vaut le quart de l'actif net ou davantage, même avant Justinien la restitution doit se faire *ex Trebelliano senatusconsulto*. A ce point de vue, pas de différence entre le cas dont il s'agit et celui où l'héritier aurait été chargé de restituer toute l'hérédité *quartâ parte retentâ*. Mais, sous un autre rapport, les deux cas doivent être soigneusement distingués. Dans le premier cas, les actions héréditaires sont données pour le tout, *in solidum*, au fidéicommissaire et contre lui : l'héritier joue le rôle d'un acquéreur à titre particulier, d'un simple légataire ; ni les créances ni les dettes du défunt ne le concernent. Au contraire, dans le deuxième cas, les actions héréditaires se divisent, *scinduntur actiones* : elles sont données pour un quart à l'héritier et contre lui, pour les trois quarts au fidéicommissaire et contre lui (1). — Si l'objet que le défunt a permis à l'héritier de retenir vaut moins du quart, l'héritier a le choix : il peut se contenter de cet objet et remplir complétement la volonté du défunt ; il peut aussi invoquer le Sénatusconsulte Pégasien et se faire compléter sa quarte, ainsi que nous l'avons déjà vu précédemment (2). Du reste, il paraît qu'assez souvent l'Empereur intervenait pour forcer l'héritier à exécuter la volonté du défunt (3). Nous savons déjà que, d'après la Novelle 1re, le *de cujus* lui-même peut valablement défendre que ses dispositions soient sujettes à réduction (4).

Tout ce que nous venons de dire en supposant que l'héritier a été chargé de restituer toute l'hérédité *unâ aliquâ re deductâ sive præceptâ*, s'applique également au cas où le défunt aurait permis à l'héritier de retenir soit plusieurs objets déterminés, soit une somme fixe.

— Nous avons eu déjà l'occasion de remarquer que pour faire un fidéicommis il n'est pas indispensable de faire un testament. Celui qui meurt intestat peut très-bien par un codicille grever d'un fidéicommis son héritier légitime ou l'individu que le Préteur doit

(1) Inst., § 9 *De fideic. heredit.*
(2) Inst., § 3 *Quib. mod. testam. infirm.*; et, ci-dessus, p. 683 et 684.
(3) Marcien, L. 30 § 4, D., *Ad sen. Treb.*
(4) Voy., ci-dessus, p. 784.

appeler à recueillir sa succession comme *bonorum possessor* (1). — C'est l'empereur Antonin le Pieux qui a permis aux successeurs *ab intestat* de retenir la quarte, comme le Sénatusconsulte Pégasien l'avait permis aux héritiers testamentaires (2). — Du reste, il faut bien remarquer que celui-là seul peut faire un fidéicommis qui pourrait instituer un héritier (3).

— L'homme qui recueille une hérédité, pour le tout ou pour partie, en qualité de fidéicommissaire, peut être grevé à son tour de la charge de restituer à un tiers tout ou partie de ce qu'il a reçu (4). Ainsi, Primus ayant été institué héritier et chargé de restituer tout ou partie de l'hérédité à Secundus, celui-ci, de son côté, peut être grevé d'un fidéicommis envers Tertius. On se demande si, de même que Primus a pu réclamer la quarte à l'encontre de Secundus, de même Secundus peut la réclamer à l'encontre de Tertius. En principe, il faut répondre négativement. Primus, s'il a fait adition *voluntate suâ* et non pas *coactus*, a pu soumettre Secundus à une réduction; après Primus, personne ne pourra plus parler de réduction. Mais, si Primus a fait adition sur l'ordre du Préteur, parce que Secundus l'a exigé, alors Secundus prend véritablement la place de l'institué Primus; en conséquence, les legs qui, mis à la charge de Primus, auraient pu être réduits par lui, passant à la charge de Secundus, seront également, dans l'intérêt de celui-ci, sujets à réduction (5).

— L'héritier grevé d'un fidéicommis doit-il imputer sur sa quarte les fruits qu'il a pu percevoir *ex hereditate* avant d'avoir restitué l'hérédité? Sur ce point, nous trouvons dans les textes une distinction fort remarquable. S'il a perçu ces fruits par la volonté du défunt, le fidéicommis ayant été fait à terme ou sous condition, il devra les imputer sur sa quarte : il est sans doute entré dans les intentions du défunt que l'héritier au moyen de ces fruits aurait sa quarte intacte. Si au contraire l'héritier n'a perçu ces fruits que par suite de la négligence que le fidéicommissaire a mise à se présenter et à obtenir la restitution, les fruits doivent constituer pour

(1) Inst., § 10 *De fideic. heredit.*
(2) Paul, L. 18 pr., D., *Ad leg. Falc.*; Ulpien, L. 6 § 1 *Ad sen. Treb.*
(3) *Fragm. d'Ulpien*, XXV, § 4.
(4) Inst., § 11 *De fideic. heredit.*
(5) Papinien, L. 55 § 2, et Gaius, L. 63 § 11, D., *Ad sen. Treb.*

l'héritier un bénéfice ou plutôt une indemnité de son administration : il n'est pas tenu de les imputer sur sa quarte (1). — Dans le cas où l'héritier a fait adition *coactus*, nous voyons dans Julien une distinction qui a de l'analogie avec celle-là : les fruits perçus, les acquisitions faites par un esclave héréditaire, avant l'adition, cela doit entrer dans la restitution, tandis que l'héritier peut garder pour lui les acquisitions faites depuis l'adition, bien entendu en supposant qu'il ne fût pas en demeure de restituer (2).

II. Des fidéicommis a titre particulier.

A titre de fidéicommis, comme à titre de legs, on peut disposer d'un objet particulier. Le fidéicommis peut être à la charge de l'héritier ou à la charge d'un légataire, tandis que le legs ne pouvait pas être à la charge d'un premier légataire (3). Du reste, cette différence a disparu, comme les autres, dans le droit de Justinien.

Déjà, dans l'ancien droit, on pouvait laisser par fidéicommis les mêmes choses qu'on pouvait léguer *per damnationem*, ainsi notamment une *res aliena ;* et, en principe, le fidéicommissaire avait à prouver que le défunt avait su que la chose ne lui appartenait pas (4). — En supposant que la même chose est laissée à plusieurs par fidéicommis, on suit aussi les mêmes règles qui s'appliquent au legs *per damnationem* (5). — Puisque le fidéicommis peut avoir pour objet une *res aliena* en général, c'est évidemment que le fiduciaire peut avoir à fournir autre chose que ce qu'il a reçu luimême du défunt. *Hoc solum observandum est,* dit Gaius, *ne plus quisquam rogetur alicui restituere quàm ipse ceperit : nàm quod amplius est, inutiliter relinquitur.* Cette dernière règle n'est même pas toujours vraie : lorsque le fidéicommis a pour objet une chose appartenant au fiduciaire, on ne recherchera pas si elle vaut plus que ce qu'a reçu le fiduciaire (6).

(1) Ulpien, L. 22 § 2 *eod. Tit.*
(2) L. 27 § 1 *eod. Tit.*
(3) Gaius, II, § 260 ; Inst., pr. *De singul. reb. per fideic. rel.* (II, 24).
(4) *Sent. de Paul,* IV, I, § 8.
(5) *Fragm. du Vatican,* § 85 *in fine,*
(6) Gaius, II, § 261 ; Papinien, L. 70 § 1, D., *De leg.* 2°.

Gaius nous apprend, en ce qui concerne le cas de la *res aliena* laissée par fidéicommis, que, suivant certains jurisconsultes, si le propriétaire ne voulait pas se défaire de la chose, le fidéicommis s'évanouissait, et, par conséquent, le fiduciaire se trouvait libéré, tandis qu'en pareille circonstance l'héritier tenu d'un legs *per damnationem* devait payer l'estimation (1). Cette opinion n'avait sans doute pas prévalu : aux Institutes, on ne prend même pas la peine de la mentionner (2).

On peut par fidéicommis laisser la liberté à un esclave, c'est-à-dire charger l'héritier ou un légataire d'affranchir un esclave. Peu importe que l'esclave appartienne au *de cujus*, au fiduciaire, ou même à un étranger (3). Lorsque l'esclave appartient à un étranger, le fiduciaire doit commencer par l'acheter, pour pouvoir ensuite l'affranchir. Mais que décider si le propriétaire de cet esclave ne veut pas le vendre pour un prix raisonnable? D'après les anciens jurisconsultes, en cas pareil le fidéicommis s'évanouit : *Alieno servo per fideicommissum datâ libertate*, dit Ulpien, *si dominus eum justo pretio non vendat, extinguitur libertas, quoniam nec pretii computatio pro libertate fieri potest* (4). Cette doctrine fut corrigée par l'empereur Alexandre. L'Empereur suppose que le *dominus* qui refuse de vendre son esclave n'a rien reçu du *de cujus* : autrement, il ne pourrait pas mettre obstacle à l'exécution du fidéicommis. Alors, dit l'Empereur, l'obligation du fiduciaire ne se trouve pas éteinte, *quia possit, tempore procedente, ubicumque occasio redimendæ ancillæ fuerit, præstari libertas* (5). Justinien, dans ses Institutes, a reproduit cette décision : *Non statim extinguitur fideicommissaria libertas*, dit-il, *sed differtur* (6).

L'affranchissement fidéicommissaire, lors même qu'il s'applique à l'esclave du *de cujus*, se distingue profondément de l'affranchissement direct. Au cas d'affranchissement fidéicommissaire, l'esclave devient l'affranchi, non pas de son maître défunt, mais du

(1) Comment. II, § 262.
(2) § 1 *De sing. reb. per fideic. rel.*
(3) Gaius, II, §§ 263 et 264.
(4) *Fragm.*, II, § 11. Voy. aussi Gaius, II, § 265.
(5) L. 6, C., *De fideic. libertat.* (7, 4).
(6) § 2 *De sing. reb. per fideic. rel.*

fiduciaire qui lui procure la liberté par un mode de *manumissio inter vivos :* c'est à ce fiduciaire qu'appartiendra la qualité de patron. Au contraire l'esclave *qui directò testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit, qui etiam* ORCINUS *appellatur* (1). L'affranchissement direct ressemble beaucoup à un legs *per vindicationem :* aussi faut-il que l'esclave ait appartenu au testateur lors de la confection du testament et lors de la mort (2). — Cette différence entre la *libertas fideicommissaria* et l'affranchissement direct est dans la nature des choses : elle subsiste donc même dans le droit de Justinien, malgré l'assimilation des legs et des fidéicommis.

— Nous savons que le fidéicommis n'était pas conçu dans les mêmes termes que le legs. Justinien indique encore les expressions dont on se servait habituellement pour faire un fidéicommis (3).

III. Des codicilles.

Le mot *codicillus*, diminutif de *codex*, désigne un acte qui peut contenir certaines dispositions à cause de mort, et qui, à la différence du testament, n'est point soumis à des formes solennelles : comme le dit Justinien, *codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderant* (4).

Une Constitution de Théodose le Jeune veut que, dans tout acte de dernière volonté, autre que le testament, cinq témoins interviennent *in uno eodemque tempore;* et que même, quand il s'agit d'un acte écrit, ils y mettent leur signature (5). — Faut-il en conclure qu'un fidéicommis, qui ne se trouve pas dans un testament, ne peut valoir qu'autant qu'il a été fait dans la forme dont il s'agit? Justinien n'admet pas cette conséquence. Celui qui prétend qu'un fidéicommis a été fait en sa faveur à la charge de Titius (héritier, légataire ou fidéicommissaire) peut, après avoir lui-même prêté serment *de calumniâ,* c'est-à-dire après avoir juré qu'il ne fait pas

(1) Comp., ci-dessus, p. 190.
(2) Gaius, II, §§ 266 et 267; Inst., § 2 *in fine De sing. reb. per fideic. rel.*
(3) Inst., § 3 *eod. Tit.* Comp. Gaius, II, § 249.
(4) Inst., § 3 *De codic.* (II, 25).
(5) L. 8 § 3, C., *De codic.* (6, 36).

un procès par esprit de chicane, déférer le serment à Titius sur le point de savoir quelles intentions a manifestées le *de cujus :* il faut alors que Titius jure qu'il n'a point entendu le défunt exprimer l'intention de gratifier son adversaire, faute de quoi Titius sera condamné (1).

Il a toujours été admis, en principe général, qu'un codicille ne peut émaner que de celui qui pourrait faire un testament : *codicillos is demùm facere potest*, dit Marcien, *qui et testamentum facere potest* (2). Cependant nous allons voir qu'une dérogation au principe avait été admise en faveur du citoyen retenu prisonnier chez l'ennemi.

— Nous trouvons, dans les Institutes, des détails curieux sur l'origine des codicilles : « Avant l'époque d'Auguste, les codicilles n'étaient pas en usage : Lucius Lentulus, à qui remontent aussi les fidéicommis, introduisit les codicilles. Près de mourir en Afrique, il écrivit des codicilles qu'il avait confirmés par son testament, dans lesquels il priait Auguste, sous forme de fidéicommis, de faire quelque chose. Auguste ayant accompli ses volontés, d'autres exécutèrent aussi des fidéicommis; la fille de Lentulus paya des legs qu'en droit elle ne devait pas. On raconte qu'Auguste convoqua les prudents, et, parmi eux, Trebatius, de qui l'autorité était alors très-grande : il leur demanda si l'usage des codicilles pouvait être admis, si cela n'était pas contraire aux principes. Trebatius convainquit Auguste, en lui disant que cela était très-utile et même nécessaire aux citoyens, à cause des longs voyages que faisaient souvent les anciens. Depuis, Labéon ayant fait des codicilles, personne ne douta plus que les codicilles ne dussent être admis comme parfaitement valables » (3).

— Des codicilles peuvent être laissés soit par un homme qui a fait un testament, soit par un homme qui meurt intestat (4). Il est à remarquer que, du moment qu'il y a un testament, le sort des codicilles en dépend : *Testamento facto*, dit Julien, *etiamsi codicilli*

(1) Inst., § 12 *De fideic. heredit.*
(2) L. 6 § 3, D., *De jure codicill.* (29, 7).
(3) Pr. *De codic.*
(4) Inst., § 1 (1re phrase) *eod. Tit.*

in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capiunt (1). Paul dit, de même : *Intestato patrefamiliâs mortuo, nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent ; testamento autem facto, jus sequuntur ejus* (2). Nous voyons, par exemple, que, quand il n'y a pas de testament, les codicilles ne sont pas rompus par l'*agnatio* d'un *heres suus* (3). — Un homme, ayant fait des codicilles, fait ensuite un testament qui ne contient aucune confirmation spéciale des codicilles antérieurs : on s'est demandé si les codicilles ne doivent pas être considérés comme étant par là même infirmés. C'était l'avis de Papinien ; mais un rescrit des empereurs Sévère et Antonin décide qu'un fidéicommis peut être dû en vertu de ces codicilles, pourvu qu'il apparaisse que le *de cujus*, en faisant un testament, n'a pas eu l'intention de les révoquer (4).

— Quelles sont précisément les dispositions que peut contenir un codicille ? Il peut toujours contenir des fidéicommis. Mais, dans un codicille même confirmé par testament, il ne peut y avoir ni institution directe, ni révocation d'une institution, ni exhérédation : par conséquent, un testateur ne pourrait point par codicille ajouter une condition à une institution déjà faite, ni faire une substitution (5). Scévola, à propos d'une substitution pupillaire qu'un testateur avait faite par codicille, s'exprime ainsi : *Licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hereditas neque dari neque adimi potest, tamen benignâ interpretatione placet ut mater, quæ ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur*... (6).

On voit que le codicille, même confirmé par testament, ne peut pas contenir tout ce que peut contenir un testament. Mais, tandis que le codicille non confirmé ne peut contenir absolument que des fidéicommis, au contraire par un codicille confirmé on peut faire un legs ou un affranchissement direct, révoquer un legs, nommer un tuteur (7). Le jurisconsulte Tryphoninus va plus loin : *Codicilli*,

(1) L. 3 § 2, D., *De jure codic.*
(2) L. 16 *eod. Tit.*
(3) Julien, même L. 3, § 1.
(4) Inst., § 1 *in fine De codic.*
(5) Inst., § 2 *eod. Tit.*
(6) L. 76, D., *Ad sen. Treb.* (36, 1).
(7) Modestin, L. 43, D., *De manum. test.* (40, 4) ; Ulpien, *Fragm.*, XXIV § 29 (déjà cité ci-dessus, p. 774) ; L. 3 pr., D., *De test. tut.* (26, 2).

dit-il, *si quos in tempore captivitatis scripserit, non creduntur, jure subtili, confirmati testamento quod in civitate fecerat; sed nec fideicommissum ex his peti potest, quia non sunt ab eo facti qui testamenti factionem habuit. Sed, quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, id est in testamento confirmatio codicillorum, et is posteà reversus est et postliminio jus suum recepit, humanitatis rationi congruum est eos codicillos ità suum effectum habere quasi in medio nulla captivitas intercessisset* (1). — Voici une décision de Marcien, que l'on peut considérer comme étant la contre-partie de la décision précédente : *Si post testamentum factum mortuo codicillis quis legaverit, licet testamento confirmatis, pro non scripto legatum fit* (2). Titius a fait son testament le 1[er] janvier, et il a déclaré confirmer par avance les codicilles qu'il pourrait faire plus tard; le 1[er] février, il fait un codicille dans lequel il lègue le fonds Cornélien à Sempronius, et il se trouve que Sempronius est mort dans le courant de janvier. Quelle date donnerons-nous à ce legs? Est-ce celle du codicille, ou bien au contraire est-ce celle du testament? On n'aperçoit pas au premier abord l'intérêt de la question : en effet, il est évident que, dans tous les cas, le légataire étant mort avant le testateur, le legs est frappé de nullité. Il peut cependant y avoir un intérêt véritable : si le legs est censé contenu dans le testament, il est *in causâ caduci*, tandis qui si on lui laisse la date du codicille, il est *pro non scripto*. Les jurisconsultes romains n'appliquaient pas très-volontiers les dispositions des lois caducaires : aussi Marcien décide-t-il, en s'attachant à la date du codicille lui-même, que le legs est *pro non scripto*.

Lorsque le défunt a voulu faire un testament, si l'acte se trouve nul comme testament, pourra-t-il valoir au moins comme codicille? En principe, il faut répondre qu'il n'aura aucune valeur. Mais il en serait autrement s'il était démontré que le testateur a entendu lui attacher subsidiairement la valeur d'un codicille. Théodose le Jeune a exigé que cette volonté du testateur fût exprimée dans une clause spéciale (3). C'est *la clause codicillaire*.

(1) L. 12 § 5, D., *De captiv. et postlim.* (49, 15).
(2) L. 6 § 4, D., *De jure codic.*
(3) L. 8 § 1, C., *De codic.* (6, 36).

Avec cette clause codicillaire il ne faut pas confondre ce qu'on appelle *la clause dérogatoire*. Un testateur, confirmant par avance les codicilles qu'il pourra faire, ajoute qu'on ne devra tenir compte que des codicilles qui présenteront tel ou tel caractère, qui par exemple seront écrits en entier de sa main. Cette clause additionnelle est nulle, parce que, comme le dit Marcien, *quæ posteà geruntur prioribus derogant* (1). Il pourrait très-bien arriver qu'un testateur, après avoir inséré cette clause, l'oubliât complétement; aujourd'hui, ayant la volonté de changer ou d'ajouter quelque chose à son testament, il fait un codicille sans songer à lui donner le caractère qu'il devrait avoir d'après la clause : si la clause était valable, la volonté très-sérieuse que le testateur a eue en dernier lieu serait inefficace. En d'autres termes, la clause dérogatoire est nulle parce qu'elle implique de la part du testateur une sorte de renonciation à la faculté de revenir sur ses dispositions : avec cette clause, les dispositions testamentaires ne seraient plus complétement révocables jusqu'à la mort du testateur.

Pour terminer ce qui concerne la matière des fidéicommis, il ne nous reste plus qu'à signaler rapidement les différences qui existaient entre le fidéicommis, d'une part, et l'institution ou le legs, d'autre part.

Gaius nous signale des différences qui existaient à l'origine et qui avaient déjà été supprimées de son temps (2) :

1° A l'origine, les pérégrins pouvaient recevoir à titre de fidéicommis; en vertu d'un Sénatusconsulte rendu sur la proposition d'Adrien, ce qui leur est laissé à ce titre est revendiqué par le fisc.

2° A l'origine, les *cœlibes* et les *orbi* pouvaient recueillir tout ce qui leur était laissé à titre de fidéicommis; le Sénatusconsulte Pégasien assimile sous ce rapport les fidéicommis aux institutions et aux legs.

3° A l'origine, on pouvait disposer, à titre de fidéicommis, au profit d'une personne incertaine ou d'un *postumus alienus*; un Sé-

(1) L. 6 § 2, D., *De jure codic.*
(2) Comment. II, §§ 284-288.

natusconsulte rendu sur la proposition d'Adrien assimila encore sous ce rapport les fidéicommis aux legs et aux institutions. Justinien ne tient même aucun compte de ce qui avait lieu avant Adrien, et il dit en termes généraux : *Incertis personis neque legata neque fideicommissa olìm relinqui concessum erat* (1).

4° A l'origine, il y avait eu doute sur le point de savoir si un fidéicommis ne pouvait pas être fait *pœnæ nomine ;* du temps de Gaius, il était constant que cela n'est pas possible.

— Voici maintenant des différences qui subsistent encore du temps de Gaius et du temps d'Ulpien, et dont plusieurs ont même subsisté jusqu'à Justinien (2) :

1° L'héritier *ab intestat* peut être grevé d'un fidéicommis, non d'un legs (3). — Il faut cependant remarquer que, dans le cas de *bonorum possessio contrà tabulas,* l'enfant qui *jure prætorio* exclut l'institué reste grevé de certains legs (4).

2° Un codicille peut toujours contenir des fidéicommis ; il ne peut contenir des legs qu'autant qu'il est confirmé par testament (5). Du reste, la confirmation peut se trouver soit dans un testament antérieur, soit dans un testament postérieur.

3° Le fidéicommis, à la différence du legs, peut être mis à la charge d'un légataire ou d'un premier fidéicommissaire (6).

4° On ne peut pas donner directement la liberté à l'esclave d'autrui ; on peut lui laisser la liberté fidéicommissaire (7).

5° Un codicille, même confirmé par testament, ne peut contenir ni une institution ni une exhérédation. Du reste, l'héritier institué peut être chargé, même par un codicille non confirmé, de restituer à un tiers tout ou partie de l'hérédité (8).

(1) Inst., § 25 *De legatis.*

(2) Je laisse de côté la différence signalée par Gaius, II, § 269 : il est impossible de savoir au juste en quoi elle consiste : toutes les restitutions de ce texte qui ont été proposées sont également arbitraires et divinatoires.

(3) Gaius, II, § 270 ; *Fragm. d'Ulpien,* XXV, § 4.

(4) Voy. le Titre du Digeste *De leg. præst., contrà tab. bon. poss. pet.* (37, 5).

(5) Gaius, II, § 270 *a*. Ci-dessus, p. 798.

(6) Gaius, II, § 271. Comp. Inst., § 11 *De fideic. heredit.*, et pr. *De sing. reb. per fideic. rel.*

(7) Gaius, II, § 272. Comp. Inst., § 2 *De sing. reb. per fideic. rel.*

(8) Gaius, II, § 273. Comp., ci-dessus, p. 798.

6° Celui qui, aux termes de la loi Voconia, ne peut pas instituer une femme, peut lui laisser, à titre de fidéicommis, toute sa succession (1).

7° Les affranchis latins, qui, aux termes de la loi Junia, ne peuvent pas directement recueillir soit une hérédité, soit un legs, peuvent au contraire recueillir les biens d'un défunt *ex fideicommisso* (2).

8° Aux termes d'un Sénatusconsulte, le maitre ne peut pas affranchir et instituer son esclave mineur de trente ans ; on admet généralement, dit Gaius, que nous pouvons ordonner qu'il soit libre quand il aura trente ans et demander que l'hérédité lui soit alors restituée (3).

9° En général, quand j'institue un héritier, Primus, je ne puis pas dire qu'après sa mort Secundus sera son héritier. Mais je puis demander que Primus, au jour de sa mort, *cùm morietur*, restitue à Secundus tout ou partie de mon hérédité ; je puis également dire : *Cùm Primus mortuus erit, volo hereditatem meam ad Secundum pertinere*. Dans les deux cas, Primus est grevé d'un fidéicommis au profit de Secundus (4).

10° Le fidéicommis, à la différence du legs, peut se trouver écrit dans un testament *antè institutionem* (5).

11° Du temps des jurisconsultes, le légataire réclame l'exécution du legs au moyen d'une formule d'action, *per judicium ordinarium ;* au contraire, en matière de fidéicommis, il y a une *cognitio extraordinaria*, la sentence est rendue par le magistrat lui-même et non par un *judex* (6).

12° En matière de fidéicommis, la justice, à Rome, est rendue toute l'année, d'une manière permanente ; en matière de legs, elle est rendue seulement certains jours, *cùm res aguntur* (7). Il paraît que.

(1) Gaius, II, § 274. Comp., ci-dessus, p. 641 et 642.

(2) Gaius, II, § 275 ; *Fragm. d'Ulpien*, XXV, § 7.

(3) Gaius, II, § 276. Il s'agit sans doute ici du même Sénatusconsulte dont parle Gaius I, § 31.

(4) Gaius II, § 277 ; *Fragm. d'Ulpien*, XXV, § 8. Comp. Inst., § 9 *De pupill. subst.* (II, 16), et, ci-dessus, p. 675.

(5) *Fragm. d'Ulpien*, XXV, § 8.

(6) Gaius, II, § 278 ; *Fragm. d'Ulpien*, XXV, § 12.

(7) Gaius, II, § 279.

sous Marc-Aurèle, il y avait 230 jours par an dans lesquels il était permis d'agir (1).

13° Les intérêts ou les fruits des sommes ou des choses laissées par fidéicommis sont dus par cela seul que le grevé est en demeure; les intérêts des sommes léguées ne sont point dus, ainsi que l'indique un rescrit d'Adrien. Toutefois, ajoute Gaius, je sais que Julien était d'avis que pour le legs *sinendi modo* il faut suivre la même règle qu'en matière de fidéicommis ; et je vois que cette doctrine prévaut actuellement (2).

14° Un fidéicommis écrit en grec est valable ; bien plus, il est admis qu'on peut faire un fidéicommis *nutu*, par un simple geste. Un legs doit être écrit, et écrit en latin (3).

15° En cas de legs *per damnationem*, s'il s'agit d'un *legatum certum*, l'héritier qui nie l'existence du legs peut être condamné au double. Il n'y a rien de semblable en matière de fidéicommis : *fideicommissi nomine semper in simplum persecutio est* (4).

16° La personne qui, grevée d'un fidéicommis, a payé par erreur plus qu'elle ne devait, cette personne peut répéter l'excédant. Au contraire celui qui paie ce qu'il croit devoir en vertu d'un legs *per damnationem* ne peut jamais répéter (5). Cette différence, du reste, se rattache à la précédente (6). — Rappelons cependant qu'il y a un cas particulier où celui qui a payé par erreur, soit en vertu d'un legs, soit même en vertu d'un fidéicommis frappé de nullité, ne peut pas répéter : c'est le cas de legs ou de fidéicommis fait au profit d'une personne incertaine (7).

17° La faculté de disposer par fidéicommis existe souvent là où n'existe pas la faculté de faire une disposition directe : *in multis*

(1) Julius Capitolinus, parlant de Marc-Aurèle, s'exprime ainsi : *Judiciariæ rei singularem diligentiam adhibuit : fastis dies judiciarios addidit, ità ut ducentos triginta dies annuos rebus agendis litibusque disceptandis constitueret* (J. Capitolini M. Antoninus philosophus, n° 10). — Pour l'époque antérieure, voy. Suétone, *Octave Auguste*, n° 32; *Claude*, n° 23; *Galba*, n° 14.

(2) Gaius, II, § 280.

(3) Gaius, II, § 281 ; *Fragm. d'Ulpien*, XXV, § 3.

(4) Gaius, II, § 282. Comp. Inst., § 7 *De oblig. quasi ex contr.* (III. 27.)

(5) Gaius, II, § 283.

(6) Inst., § 7, déjà cité, *De oblig. quasi ex contr.*

(7) Inst., § 25 *in fine De legatis.*

juris partibus, longè latior causa est fideicommissorum quàm eorum quæ directò relinquuntur. Cependant la nomination d'un tuteur ne peut être faite que *directò :* elle ne peut pas être faite *per fideicommissum* (1).

(1) Gaius, II, § 289.

FIN DU PREMIER VOLUME.





